



Norms and Beliefs

Johannes Xingan Li



NORMS AND BELIEFS

Johannes Xingan Li
LLB, LLM, LLD, PhD
Associate Professor
School of Governance, Law and Society
Tallinn University, Estonia

TORONTO ACADEME PRESS

Copyright: © Johannes Xingan Li, 2016.

Made in Canada

Title: Norms and Beliefs

中文：规范与信仰

First Edition, November 2016

ISBN 9780973981322 (PDF)

Publisher:

Toronto Academe Press

670 University Ave.

Charlottetown PE

C1E 1E3



Toronto Academe Press

PREFACE

Articles published in this book have been written in Chinese over recent two decades, when I worked and studied in China, Japan, Finland, Estonia and other countries. The content of these articles covered a broad variety of topics, particularly those concerning socio-legal issues of China, Japan, United Kingdom, Finland and Estonia, as well as the European Union.

The purpose of this book is to present my ideas generally not systematically organized into monographs or series of journal articles, which may required some more development based on more extensive reading, deeper observation and critical thinking. I consider that some of the ideas at current stage could still be interesting.

Titles of the articles were translated into English.

Helsinki, Finland, 22 November 2016

Johannes Xingan Li

Table of Contents

中国文化背景下的法学翻译3

自我，权利，快乐和责任7

文化？价值？娱乐？自虐？16

伦理危机与大学女生的行为失范21

软件盗版的若干理性思考28

中国学术的悲哀36

中国法学的迷茫42

刑事法学学习方法论46

从翻译到创造54

道路、拆迁、黄金地段和开发59

法学的歧路65

文化拆毁运动69

认识腐败的规律75

醉驾入罪的思考79

现代社会的犯罪与犯罪学93

日本的法律家及其养成制度102

来日外国人犯罪的状况118

国际背景下的日本犯罪状况138

英国刑法的渊源述评153

英国刑法中的独立教唆和共谋171

法的经济分析二题187

腐败社会警匪一家的经济分析..... 195

与树木共生的法经济学..... 199

规矩的报偿..... 203

英国脱离欧盟的社会与安全影响..... 209

诉讼法原理导引..... 220

北欧体制下的法学教育与研究：芬兰和爱沙尼亚的例证..... 228

单一市场下欧盟公司的发展..... 243

中国文化背景下的法学翻译

Legal Translation in the Background of Chinese Culture

我虽然是师出刑法学，不过现在却是民事诉讼法的导师。做本科生的导师若干年矣，做硕士生的导师，还是刚刚开始。但是良心所在，不敢稍有懈怠。前几天审阅一篇硕士学位论文，其中几处引用日本国民法典条文，就拿原版《小六法》来查对，结果发现所译均有错误，或者张冠李戴，或者丢三落四，而其作为法律条文的意思，当然大相径庭。论文作者不学这种语言，也没有机会核对原文，而是引用其他人翻译出版的成果。成果是成果，但也无非是误人子弟的成果。不如没有，干脆大家不会对这些发达国家的法律产生误解。现在有了，反而给善良而无辜的人、或者偷懒而投奸取巧的人留下了空当。

翻译法学著作的尝试，吸引了许多中国学者的注意力，大家争相把翻译一、两部著作或者若干篇论文作为自己学术的起点，而且翻译的多是热点，基础性的还是较少。十多年前，我读硕士的时候，就把某国某法导论作为教材，为的是当时恰有这本书的中文译本可以参考。虽然满怀期待参考了，学了几段后，也是发现那个译本不知所云，难得有比原文能更明白的语句。

由此养成了逢译文必要核对原文的习惯，从而干脆舍弃译

文，去研读原文。功夫是花多了，甚或是一种浪费和自负，但是心里踏实。法学教师、学生如果没有这样的习惯，那是最大的错误。有人开口柏拉图，闭口德沃金，我想他们和我一样也都是念了一些译文，而且当然是中文本。至于翻译者在翻译的时候，读了是不是就懂了，不得而知。

一些西方学术经典，成百、成千年地被学者们所玩味，译本是可以信服的，是可以读的。问题在于那些属于时尚的、流行的、热门的西方学者的著作，已经没有许多人可以坐下来仔细推敲，难得用“信、达、雅”的砝码去衡量译文的水准。译好的有之，我不能一概否定。次品的居多，似是而非，似懂非懂：不算翻译吧，确实是方块汉字；算是翻译吧，遣词造句、语法、逻辑、修辞样样稀松，更无需说“法的精神”了。

“法的精神”尚且不明不白，“流行时尚”究竟是什么，已无法考究，以至于法律的移植和本土化，缺乏有生命力的“法律器官”。这让我们想起日本来。日本教育水平不能说不高，但是很多学者的英文不能说不憋足，不仅不会说，而且不会念。不过日本有很发达的学术翻译队伍，掷地有声，学者即使没有很好的英、美、德、法文，他也不缺乏英、美、德、法的信息。因此，日本的大学教育，并非一律把外语作为敲门砖，甚至日本大学接受中国留学生的日语水平这个门槛，也没有多高的要求。过去好多中国学生在中国的高考中失败了，然后就学点日语到日本留学，念大学、念硕士、念博士。其中也不乏念了十来年日本法律的，通过这个桥梁学习发达国家法律的真谛和法学的真知。

日本有法律移植和本土化的成功历程，他们移植了中国的文

字，后来用中国的文字逐译西方法律，我们中国人也从中受益非浅，从日本移植了难以数计的法律术语。假如日本的翻译队伍都不足信，拿不起放不下，那么日本立国的学术堡垒还要靠什么根基？日本大学还能为中国人所向往？中国考不上大学才去留学的，还能被培养成人？这是个连锁反应，最终会导致日本一无是处，形象大打折扣，结局很悲惨。不过，这些都是假设而已。

中国的一些法学译著，读的时候需要硬着头皮，硬着头皮读了还是不能懂。反过来，如果有人问这本书怎么样？只是翘起大拇指夸赞“好，好，好”，没有敢说“不”字的，因为大多数人好大喜功，说好听的就高兴，说不好听的就不高兴；大多数人阿谀奉承是拿手好戏，溜须拍马是小菜一碟。法学学者和司法机关是最为接近的，在社会关系方面的学习也是最为成功的。法学学者宁肯忍着耐着，也不肯说实话，假意逢迎，敷衍了事，还期待有一天能得到对方照应，因为自己某一天也会给别人留下小辫子。

在官场上，官官相护，管他正义与邪恶，公平与偏私，遵纪守法与胡作非为，情面是很重要了，优先考虑，高抬贵手。在法学的学术上，当然多数情况也是心心相应，只唱颂人之长，莫掐算人之短，照顾情面，以于是非也不讲究了。结果，铮铮铁骨，铁石心肠是没有用场的。中国文化的优点就是强调集体主义意识和行动，却很少讲究个人的价值，很少发挥个人的潜能，很少承载个人的责任。在经济管理领域和管理管理领域推行责任制，个人享有了一定权利，承担一定义务，才是对于文化的些许改变。除此而外，就都是集体义务，集体负责，其自然的后果就

是这些个人彼此形成了心照不宣的互相利用。在学术领域也不例外。悲哀的是，集体义务就是集体无义务，集体负责就是集体不负责，还形成一个法不责众的心理痼疾。

还有一些，属于点缀自己文章的虚荣，用柏拉图、德沃金装饰一下自己的论著吧，还不知道原文所云；因噎废食吧，于心不忍，于是就凑合着从译文里断章取义，于是这些译文虽然拙劣，却受到很多的青睐。因为受到很多的青睐，译者以为译文水准很高，放弃了改进，实则以讹传讹。如果是很拙劣的译文，不断改进也是可以弥补的，但是我们的好多译本实际上都是“绝本”。译的时候本来怀有某种急功近利的目的，出版了以为荣耀。因为他们占了一个时间上的优先和空间上的优位，被人们所看重，结果急功近利变成了一劳永逸。这些译本本来就是草率为之，出版了就束之高阁，没有买、没人读、没人评，买了读了也不知所云，所以就成了“绝本”。

为着弥补我们本来匮乏的学术资源，有时候拙劣的翻译是情有可原的。哪怕只有片言只语传达了一种思想的真谛，特别是理论性比较强的东西，也应当认为有很高的参考价值。而法条的翻译则应当慎之又慎。中国的法律体系正处于要完善而未实现的剧烈变动当中，翻译了发达法制国家的法条就是为了能借鉴。好不容易看到中文的译本，如果谬误百出，那岂不贻害无穷。

一言以蔽之，翻译需要精确，也需要不断改进，而不是首先放在那里供奉起来，当作崇拜物。

（2003 年 SARS 疫情期间）

自我，权利，快乐和责任¹

Ego, Rights, Joy and Responsibility

1、自我的价值

年前，我给一个班当班主任。这是一个新生班，学生都是从高中刚刚升入大学。这样一个群体，虽然仍处于青春期，但是面临着从高中时代到大学时代的许多心理转型。在原来一个小地方的高中学校里面，他们都是佼佼者，受家长爱护，受老师赞扬，受同学崇拜和羡慕，现在来了大地方的大学里大家都成了平等的主体，面临着激烈竞争。跟过去比较，跟他人比较，现在都有了巨大的落差。当初他们的追求多数只是考上大学，现在上了大学了，目标达到了，还能不能产生新的更高的志向，成了影响他们前途的最大问题。好多人因为在竞争中失去信心而倍受自己心理压力的折磨，又有许多人因为没有志存高远而成了大学里面的混事魔王，无论哪一种，都是大学教育的不利因素。

在第一次开班会的时候，我就给了学生两句话的忠告，一句是：认识自己，一句是：无所作为。

认识自己，就是认识自己的地位、价值和应有的追求。大学生，在社会上，尤其是在同龄人中，仍然是佼佼者，尤其是读书

¹ 文章根据作者 1995 年在内蒙古财经学院为学生所作讲座整理而成。

上的佼佼者。不卑不亢，这就是自己的地位。在这个多元文化的时代，佼佼者这个概念已经被废弃不用，因为人们认识到不仅存在读书的佼佼者、智力的佼佼者，而且还存在赚钱的佼佼者、社交的佼佼者、跑官的佼佼者，甚至于还有犯罪的佼佼者。于是在多元文化中，概念的定义变得非常混杂，面目全非。正价值、零价值和负价值都披上价值的道袍。

回过头来，我们还是认为，每一个大学生都是构成社会的一分子，都会对社会的成立和进步起作用。这就是自己的价值。

地位有高低，价值有大小。基础在于社会的需要，关键在于自我的奋斗。这就是应有的追求。马克思指出：“人们奋斗所争取的一切，都和他的利益有关。”利益往往表现为两个方面，一个方面的利益是要有所得，另一个方面是不要有所失。有所得，就要去追求和获取；不要有所失，就要珍惜和防范。为了得到，那就必须付出代价，物质的代价、时间的代价、精力的代价、心理的代价，这是外向型的行动。为了拥有，就要珍惜他人的劳动和自己的劳动。

作为社会人，大家都在劳动。劳力者是劳动者，劳心者也是劳动者。这就是所有人的价值。没有价值，就不如一团泥土，因为泥土对于人也是有价值的。但是如果跟一团泥土比价值，人不仅会输，而且会输得很惨，没有回旋的余地。人的价值只有跟他人相比，正价值、零价值和负价值就会昭然若揭。

无所作为，是一种心理状态，无为而无不为。有这样一种心理准备，这样一种心理素质，那就永远不会有什么能够使我们感到失落的东西，我们也就永远不会做出违背社会规范而遭致社会

惩罚的事情。

无为的观念不是教唆人们养成惰性，也不是要人们放弃生存竞争。相反，人必须与他人合作、排除障碍、摆脱困境，甚至有时候战胜对手才能赢得机会。在这个生存竞争的过程中，必须选择符合规则的游戏方式。嫉妒、暗算、欺世盗名、削尖脑袋往里钻、跑官等等的勾当，就不属于人类社会应有的做法。但是现在这个社会，出现了很多喜欢往里钻的人，也出现了喜欢往里钻的人的人，社会也变得面目全非：以丑为美，以恶为善，以黑为白，以邪为正，以辱为荣，以刁为才，以跑为官，很多人以此取得了绝对的优势地位，占领了社会生存的空间，成为既得利益者；并没有受到社会惩罚，反而受到某些人的纵容和追捧。

当然，社会正义的重新定位，只是个时间问题，就如宗教上所讲的末日审判，会在人们的心灵上实现一样。那些以非为是的人，终究会遭遇应有的失败。

所以所谓的无为，可以理解为不为恶，而为善。为恶很容易，一个人一辈子都为善，可是只有一次为恶，就可以败坏所有的品行，毁掉所有的名誉；为善很难，以个人一辈子为善，一次恶都不能为，那才能被视为善，才能保全自己的气节。

2、权利的平衡

上面谈到我们要有所得。权利的获得有不同的方式。有的权利与生俱来。比如我们的生命权、健康权、自由权、安全权等。有的权利随着时间的推移而来，比如我们最重要的政治权利，选举权

和被选举权等。我们紧罗密鼓地向着十八岁奋斗，就会自然地取得这些权利。有的权利的内容靠自我奋斗而扩大，比如荣誉权、财产权等。

权利的取得和实现必须有一定的方式。这些方式必须是合法、合理、合情的方式。我们大部分的义务，都表现为实现自己的权利时，不能危及他人权利的行使。如果采取了非正当的方式，危及了他人的权利，那么，自己的权利也会同时受到限制。因为权利是相对的，不是绝对的。如果有什么权利是绝对的，那么也就没有什么权利了。

边沁说：“自然将人置于两大主宰之下：苦和乐。唯有这两者才能指明我们应当做什么并决定我们将做什么。”因此，我们的一切行动，都要衡量行动的结果，将给我们带来什么影响。如果认识到快乐大于痛苦，我们就可以做。如果认识到痛苦大于快乐，我们就应当放弃。当然，这里还存在概然性的问题。有时，我们付出很大的代价，合法地去争取某种利益，有可能一事无成，赔了夫人又折兵，很痛苦、很失望，有一种“被欺骗之后的疲惫”。有时，有的人不需要付出很大的代价，不正当地去取得某种利益，不仅取得了，而且侥幸逃避了制裁，很快乐，又很受社会的尊敬，名利双收。这都是偶然、侥幸和法律不健全造成的。

在一个法律趋向于健全的国家，逃避法律制裁、违反法律行事，都是不可能的。付出而无收获的失望的痛苦，比起不劳而获可能遭致的制裁的痛苦，后者更大，更长久。因此，法律维护权利的平衡，矫正不平衡的事态。国家的安全、社会的正常管理、

经济的正常运行、个人的正常生存，都依赖于权利的平衡。

在对于快乐和痛苦的衡量上，我们还需要注意时间的考验。得到了暂时的快乐，却遭受了长久的痛苦，不值得。为了长远的快乐，忍受暂时的痛苦，付出巨大的代价，要甘心情愿。快乐有近期的快乐，中期的快乐和远期的快乐。各自需要付出不同的努力。近期的快乐需要付出的代价较小，快乐的程度也小。中期的快乐需要付出更大的代价，得到的快乐也较大。而远期的快乐，需要付出最大的代价，而其结果也是最大程度的快乐。但是，快乐不是简单的算术。近期的快乐相加并不一定等于中期的快乐，近期的快乐与中期的快乐相加并不一定等于远期的快乐。相反，急功近利求得的短期快乐、中期快乐，如果他们没有任何好的规划，就可能摧毁远期快乐的根基。

有的大学生认为自己考上大学了，已经达到了社会的巅峰和人生的巅峰，这是一个偏狭的心理的巅峰。在这种心理的支配下，饱食终日，不再像考大学那样去拚搏，目标定位在海拔零米的位置，他们的快乐限于初级的快乐、感官的快乐，来自吃喝玩的乐而已。吃喝玩仅仅是每日重复的极短期快乐。吃喝玩也可以成为中期的快乐，每年或者每几年一次的饕餮大餐等，就是如此。甚至，吃喝玩也可以成为远期的快乐追求。但是这应当是初级的快乐。

高级的快乐有好多种，人生的理想和追求有无限的类型。只有每个人自己把握和判断，才能找到真正的目标，将来它的实现能够让自己体会到成功的最大喜悦。自己的悦纳是一个阶段，社会的悦纳是另一个阶段。也许，为社会承认和赞赏的成功是更大

的快乐。但是，社会不需要每个人都有绝对的远大理想。社会也悦纳分工与合作，不能够每个人都做一样的事情，就像不可能每个人都当领袖一样。“不想做将军的士兵不是好士兵”，这句话太浅薄、太片面、太功利，今天它已经不适合这个多元化的、分工合作的社会。在一个团队中，在一支军队中，在一场战斗中，有人指挥，尽管不是那么完美；有人服从命令，尽管他们也有领导才能；才是最好的团队。否则，这个团队就会争论不休，一事无成。在这个社会中，各种有价值的角色都会被悦纳和赞赏，都是快乐的源泉。

3、快乐的获得

快乐也有不同的内容。有独处之乐，有社交之乐。有人说“伟大的人孤独自处，以免受制于俗人。”有的人却说“宇宙是一些散乱的纸张，是爱把这些纸张串成了一册书。”

有生活之乐，也有事业之乐。有的人热爱生命，患了绝症还在顽强地或者，甚至说我死都不怕，还怕活吗？有的人热爱事业，“生命诚可贵，爱情价更高，若为自由故，二者皆可抛。”

有平淡之乐，也有辉煌之乐。有人信奉中庸之道，陶光养晦；有的人却喜欢锋芒毕露，飞黄腾达。

有爱的快乐，也有被爱的快乐。爱是一种朦胧的幸福。爱情如果达到婚姻的阶段，就会出现转折。“婚姻是一本书，第一章写的是诗篇，其余则是平淡的散文。”

有人想要说：快乐就是自由，而自由就是为所欲为。但是，

这是一句空话。为所欲为，就会到处碰壁，在社会上没有立足之地。“人民之自由，仅限于统治者所不过问之行动。”可见，自由是有限度的。自由的限制，在于行使自己的权利时不危及他人的权利，不凌驾于他人利益之上。这就又回到了权利的平衡这个前提。

4、责任的观念

我不主张唱高调。在人类中，在历史上，多一个人和少一个人不会有什么两样。如果每一个人都会把自己的事情办好，在我们这个阶段，那就是最大的政治。

最重要的是，抵御我们自己心理上的压力。“与自己斗争是最困难的斗争，同时战胜自己是最伟大的胜利。”人们都说，现在是市场经济，金钱开道，因为腐败盛行。确实，市场经济极大地冲击着整个社会，包括学校。但是，任何宣扬都属于误区。宣扬市场经济的文艺作品，都没有什么历史意义。

从计划经济过渡到市场经济，后者是个新鲜事物，所以人们感到好奇。从此以后市场经济，就成了家常便饭，顺理成章地我们就进入了它的运行轨道，还感到好奇吗？中国人会不会喜新厌旧，到我们对市场经济都感到没有好奇的时候，是不是会折腾一些别的东西？一个个人和一个国家一样，能否走向成功，都要有恒常的责任意识。能有恒常的责任意识，才能面对生活中的苦与乐，能够认识自己活动的意义和价值。

我们能否创造成功之乐，关键在于我们能否耐受学习之苦。

几年来就流传一句话，来形容知识分子，说我们“穷得象个教授，啥得象个博士”。因此，谁是个教授，好像谁就是个乞丐；谁是个博士，好像谁就是个傻冒。

事实证明，这句话错了。几年来，出现了考研热、考博热。报考与招生人数的比例，上升到了 20 到 30 比 1。谁是啥冒，可见一斑。那些过去瞧不起知识的人，现在已经被知识所瞧不起了。我认为，这样的价值观，还将回到正确的轨道上来，继续成为社会的主流。

所以，当代大学生，仍然应当树立正确的世界观、人身观、价值观和法制观。在正确的意识的范围内，充分发挥个人的潜在的才能，这完全是合情、合理、合法的。

在此基础上，我们才能产生合理的需要结构。需要生存，需要安全，需要社会交往，需要他人尊重和爱，需要自我实现。在法律的框架内，充实自己的生命。

需要产生动机。动机就是朝向实现的内心的力量。为了实现需要，就要付诸行动。行动在心理上的表现就是动机。动机和需要往往是一致的。合理的需要，产生正常的动机；不合理的需要，产生不正常的动机、恶劣的动机。

动机导致行为，指向实现。在心理活动发展到动机的阶段，就开始萌发着经受价值判断的内容。我们的心理活动一般不需要也不可能由他人进行价值判断。但我们的行为，直接与他人、与社会连接在一起，必然经受价值判断。动机是行为的萌芽形式。

行为和行为的结果，就已经是法律上规定给予相关对待的内

容了。合法的，肯定。非法的，否定。

我们为什么不能作超越社会发展的事情？

因为社会发展有个过程、有阶段。超越这个过程、阶段，就会危及社会的利益。所以，违法和犯罪都有两种，一种是消极形式的，一种是积极形式的。无论消极还是积极形式的，都属于反社会的行为，都要加以制裁。

所以，我们要民主、要法制、要富裕、要发达、要充分地实现自我，都不能超越我们生存的自然、社会、国家。这是不言而喻的。

归根结底，大学生应当从现实出发，强调自我完善、自我发展，而自我完善和自我发展又应当融合在社会规范的约束之中。这样，才能有所成就。

文化？价值？娱乐？自虐？

——谈若干中国电视节目的效应

Culture? Value? Entertainment? Self-Flagellation?

--Concerning Effects of Some Chinese TV Programmes

—

不久前，朋友把我介绍给某电视台的新闻观察节目，类似于中央电视台的焦点访谈的性质。记者提前把案情告诉了我。大意是说，某地有一位歹徒，因强奸妇女刑满释放，而后再次伤害他人，负案在逃，东躲西藏。常常回家，跟自己的两个哥哥要钱。不给的话则以凶器威胁。一次回家，故技重演，在争执中被两个哥哥杀死。两个哥哥被司法机关审判，一审判处了 6、7 年的徒刑。村民联合请愿，请求司法机关无罪释放两个哥哥。

我需要了解的不仅是这些笼统的叙述，而且还包括是不是属于正当防卫，是不是属于过失致人死亡等问题。记者指出不存在这些争议，案情比较明确。中心问题是让我回答这两个哥哥在故意杀死他们的弟弟的情况下能不能无罪释放。

我尽量根据法律来回答所有的问题。只有一个问题，就是对于他们的中心问题，我回答的中心意思是说不大可能无罪释放。不过这个答案好像不太符合他们的意见，从他们先是期待后是失望的眼神，先是诱导后是遗憾的话语，我看出这一点。结果采访不欢而散。

这次接受采访不是我的第一次。不过这次他们仿佛并不在乎我究竟想表达什么思想，只是希望从我的口中得到支持他们的观点的言论；不是把我看作是一个学者，而是看作他们的法官或者新闻发言人。可我不是他们的法官或者新闻发言人，他们有些失望是自然的。

有的时候，人们把接受采访看作是个好机会，不管是图什么的好机会。既然是好机会，那就必然有利可图，或者宣扬自己的观点，或者传播自己的业绩，或者表达自己的观点，或者介绍自己的冤情，或者招引异性的垂青，甚至有的是为了推销商品化的自己或者推销自己的商品。

我可是一无所图。本来当初朋友介绍这些记者来的时候，我就推辞。事实证明，真正的麻烦不是接受采访，而是被采访却要被迫表达别人的主张，被明目张胆被人利用，做不情愿的事，说不情愿的话。这一遭虽然没有被利用成，却对电视节目的价值进行了重新的审视。电视节目会不会就会忠实于事实，忠实于法律，忠实于正义，这应当成为观众的顾虑。

娱乐的节目，看了则不是让人焦急，而是让人呕吐。说大一些，剥夺了青少年成长的良好文化氛围。每一个电视剧，都充斥着情爱和暴力。有一个电视剧，说一男一女萍水相逢，一见钟情——实际上也不是一见钟情，而是一见调情，眼睛色迷迷的，每一句话都是调情，不仅露骨，而且简直要露出生殖器官了，几分钟就开始谈上床的事情。——他们也不是嫖客和妓女的关系，因为他们最后竟然结婚了。

像这样的故事，在电视上屡见不鲜。家里的有线电视能收到 32 个频道的电视节目，翻一遍下来，总会有一半以上的镜头是男女约会、接吻、拥抱、调情、上床、三陪的。

我总是想，如果电视片的制作人能有 1% 的理性的话，电视片就会有 100% 的看点。可惜现在的看点，高雅度为 0，庸俗度为 100。有的甚至连庸俗也算不上，充其量只能说是他们自己的性本能的宣泄。要是弗洛伊德在世，也会惊诧于披着道德袍的动物世界。不仅编剧，而且导演，甚至演员，无一不沦落到这种地步。

电视片制作人与电视台的决策者是何关系，我不清楚。但是他们好像是配合很默契。大家一起贩卖催吐的节目。面对这样的精神食粮，观众实在是没有胃口。这些胡编乱造的故事，恐怕不是社会主义的，也不是资本主义的，而是变态主义的吧。

日本生产卡通片。可是有一种非常奇怪的现象。在中国电视台播放的卡通片，出版的卡通书，都有很多归属于儿童色情的东西，比如三岁孩童就开什么做爱的玩笑之类。这些片子在日本根

本就不播放，或者没有市场，或者被禁止。偏偏是这些，被嗅觉敏锐的中国电视工作者奉为至宝，广为传播。

如果说对他们有若干的同情，只是想到大家都是混口饭吃，做这个行当。可是他们明显在对社会文化的发展方向进行误导，引起的忧虑不能说不大。

三

在中国，电视的所有权性质上大概是属于国有的吧，他们的资金来源大概是国家拨款的吧。对于这个问题我没有深究。但是我也有一点很深的疑惑。现在电视上有许多的娱乐节目，都有若干观众来参与，比如知识竞赛、现场表演、男女派对、节目点播等，这种现象的存在是人所共知的。我的疑惑在哪里呢？疑惑就在于这些节目的经济效益和社会效益。

很简单得一笔帐，一算就清楚了。观众在电视台点播一首歌，要花 50 元人民币，大多是送给过生日的亲朋好友，享受这首歌的观众不过几个人或者几个家庭。而电视台把这首歌通过空中电波传送到整个城市甚至全省、全国、全世界，它的成本恐怕不是 50 元、500 元吧。

但是，播出歌曲的所有成本是国家拨款的，又不会直接装入某些人的腰包；而点播节目这 50 元，我怀疑是不是算是节目组的收入，会由工作人员支配？因此我的疑惑就在于是不是有人为了拿到区区 50 元，而不惜耗费巨资、动用能够传播到全世界的

设备做这样的节目、播这样的歌曲？

我多么希望我的疑惑是没有根据的，这样能证明这些电视台在我心目中的清白。不过再怎么说即使这些节目不是花了巨资、收了小费来做的，有的节目也确实没有什么意义，但却竟然造就了一些以策划这些节目而闻名的工作人员，包括很做作甚至有时很庸俗的主持人。“存在的就是合理的”，如果按照这种逻辑，恐怕就像流行感冒会流行一样，做作和庸俗会成为流行时尚、揶揄和调侃会成为家常便饭、自虐和虐人会成为价值目标吧。

伦理危机与大学女生的行为失范

Ethical Crisis and Anomie of Female University Students

—

大学女生的行为失范，已经成为大学校园的一大景观，有的是内在精神性的，有的是外在物质性的。无论是其中主人，还是匆匆过客，都不难发现二十一世纪的大学女生中普遍存在着伦理机制的危机，甚至是法律规范的危机。在人们的一般意识中，大学校园是一方“净土”；即使有某些不洁净的东西，有的时候也会的到某种意义上的庇护，甚至于大学生的违法犯罪行为受到某些宽容（注意不是“纵容”）。这经常可以从大众传媒上发表的议论中得到证实。

60 年代的时候，西方世界曾经风行妇女解放运动和性解放运动，结果妇女的社会地位提高了，取得了法律上的若干权利，特别是男女平等的权利，这是符合社会发展、人权保障的趋势的；性禁忌不再是禁忌，性行为也不再是禁果，对男性不是，对女性也不是。没有性禁忌，没有上帝、民众心目中的禁果，神学

意义上、世俗意义上的规范都破除了性的禁地。

性解放实际上就是性解禁。它是运动，是公开的，人么曾经前赴后继地呐喊和奋争。但是在公共场所接吻、拥抱、做爱却不太常见。在日本一年，天天往返走 10 公里以上的路，我能见到的男生、女生最公开的亲昵表现是男生骑自行车把女生带在前面或者后面。在芬兰，男生、女生公开亲昵到拉手为止。

曾几何时，在中国的大学校园，公开的男欢女爱似乎一下成了家常便饭：男生女生必定成双队，勾肩搭背的也不再是顽皮小子；花坛草坪树阴湖畔都是接吻、拥抱甚至于公然性交的对对情侣。令人震惊的是，中国校园什么时候一下变成了一场性的盛宴？

日本和芬兰都是西方的文明国家，经济不能说不发达，犯罪率也不能说是不低的。有人称，由于他们经济发达，大家都有汽车开，当然亲昵就不必对着公众，而是尽可以偷偷摸摸，独享乐趣。按照中国人的思维模式，这就是全部的理解。

其实不然。日本、芬兰的女生不是由于有汽车、洋房而不在公共场所亲昵，中国的女生也不是由于没有汽车、洋房而在公众视野招摇。中国的道路上人多是真的，因为中国人本性喜欢聚在一起，虽然是聚在一起，进入公共的视线，但是心里想的，却是别的不同的东西。描述中国人“聚”的真谛，还要用中国的成语，叫“同床异梦”。“聚”不是“同床”，人心涣散，“异梦”却是真的。那么我们看到中国女生在公众视野的表现，就不能以单纯的亲昵来衡量，而是一种失范、越轨和畸形心理。

不仅公开亲昵，而且女生未婚同居、未婚先孕的也都大有人

在，而这却可以跟住在洋房里的西方学生相媲美。美是美，这首先是一种本能的满足，用马斯洛的话来讲，这是一种最低等的需要的满足。美有不同层面上的美，追求没有责任的美，不是一种权利，而是一种越轨。

社会为女生的行为失范张目，似乎有伦理、人权诸多的理由。理由再多，都不能否认中国大学开放的误区和伦理机制的危机。西方文化被认为坦率，中国文化被认为含蓄。反过来看大学男生、女生在公共场所的亲昵，是中国人招摇过市，西方人含而不露。就像西方好多国家的城市都是环境保护的典范，人与自然和谐统一，而中国的城市乌烟瘴气一般。男女的公开猥亵，也是大煞风景的，就像空气污染、水体污染、土壤污染、噪声污染和强光污染一样，是一种用肉体、用行为造成的污染。

这种污染是一种精神上的污染、心理上的污染。空气的污染会引起哮喘，强光的污染会引起晕眩，而心理上的污染会引起反胃的恶果。

二

大学女生不仅有对环境的污染，而且有对教育的挑战。学生以学习为业，这是亘古未变的事实，如果变了，女生就都成了女招待、家庭主妇或者娼妓了。学生以学习为业没有变，可是学生学习的环境已经发生了天翻地覆的变化。当代大学生所享有的自由度，在教育改革还存在诸多似是而非的误区，在大学生们的规范教

育包括道德教育、法律教育还流于形式的情况下，太大了，太滥了。青少年的心理，就像弱不禁风的幼苗，而大学生可以滥用的所谓“自由”，就像一场风暴。

有一个大学女生，刚入学的时候就傍上了他们年轻未婚的体育教师，很快就同居了。这一同居不得了，四年没有改变。但是四年结束的时候，她们关系破裂了。这位女生到处宣扬这位大学教师如何玩弄女生，不仅和她朝夕相处同居了四年，而且同时还跟至少四、五名本科生、研究生甚至未婚的教师有性的交际。她还说自己已经忍受了很久很久了。

这位女生的故事，恐怕不需要我们去辩驳。由于这位体育教师，她不仅能稳定而名正言顺地得到本能的满足，而且还吃人家的菜，分享人家的口粮，并且在上课、考试方面处处得到特别的照顾，四年没有怎么操心自己的学业，竟然也蒙混过关。怎么能说她需要忍受呢？忍受的是良心的折磨？也许就是明争暗斗、争风吃醋，也未可知。但是归责于体育教师的玩弄，彻头彻尾、地地道道是个谎言。

什么叫玩？作为人，能被他人“玩”，一次、两次是可能的，三次、五次也是可能的，但是年年三百六十五天，寒来暑往连续四年，可能性就不大了。因为人是有理性和理智的。玩有腻的时候，被玩也有腻的时候，偏偏四年大学结束了，自己就不能忍受了，这是非同寻常的。就算这个“玩偶”是个洋娃娃，也有不经玩弄而自己破烂的时候，况且是个大学生。

大学女生傍老师的现象在大学校园悄然兴起。“傍”这个字眼有点太浅薄，实质就是性贿赂。有为入党而傍，有为评优而

傍，有为考试过关而傍，更多的为了入学而傍——考硕士、博士的时候，比较需要贿赂，不仅有感情贿赂、物质贿赂的需要，而且有性贿赂的需要。

有的硕士导师、博士导师是多面人，他的学生也就都是多面手。特别是亮丽女生大显身手的机会是很充足的。有的女生生的虽然不亮丽，青面獠牙，但是也能抓住导师的青睐，因为她们惯于使用奔放的“身体语言”，没开口说话，身体的部位先接近老师，给老师很多的想象余地。至于想象的内容是不是能实现，那还要开女生进一步奔放不奔放。

一些导师缺乏应有的素养是真的，但是女生的入学考试的激烈竞争面前表现出的“大无畏的气概”，也使这些导师一年一度产生了条件反射，没有物质，没有感情，总归会有性贿赂作为见面礼的。

性交不是什么禁果了，师生之间也没有什么禁区了，性服务的价值就可以通过提供入学的机会、优异的成绩来实现。有的大学女生为了取得竞争的优势，八仙过海，各显神通，条条大道通罗马。给导师物质贿赂的，认为自己没有失去什么清白；给导师性贿赂的，也认为自己没有什么物质的损失。这样殊途同归，各得其所。在导师看来，礼物是多姿多彩的。

师生之间投桃报李式的互动，形成象牙塔上非常隐秘的黑市交易。交易也遵守市场规则。女生的贞操的价值要视专业的冷热程度、导师的声望大小、脸蛋的漂亮程度、调情的技巧高低而定。

虽然女生对教师的性贿赂不是非常普遍的，但是一旦萌芽，

就有不可收拾的势头。常言说：“一日为师，终身为父”。而今师生之间的关系简直就是没有禁忌的乱伦。学者们千呼万唤，性服务就是不能在法律中明文地被禁止。不仅性服务形式贿赂不被禁止，而且其他服务形式的贿赂也不被禁止。这在大学女生，终能找到法律的一片空白。用取之不尽，用之不竭的“资源”，去换取大学里面所需要的一切。

三

在某些女生看来，委身于一介奶油小生或者一介书生，稚气十足或者酸气十足，有些亏本，觉得得不偿失。性的本能毕竟是暂时的需要，而某些虚荣的利益也如过眼烟云，最现实的还是物质主义的占有欲的满足，不仅能满足一时，而且一旦拥有，就变成宪法保护的财产权利；不仅能获得生活的物质保障，而且尽可以在这个崇尚“消费”的时代占尽先机和风光。

为了钱，大学女生傍大款者数不胜数，搔首弄姿，忸怩作态；为暗娼者也蜂拥而至，相聚如云，前赴后继。与大款的宠物平起平坐，相提并论，是一种新生活；为暗娼也是一种新职业。大学女生参与社会活动的过程，推动了社会生活的多元化，也推动了社会就业的多维化，说不定社会上的丑恶现象能因此而抬升到一个新的档次，把既愚昧又丑恶，转变成高学历的丑恶。愚昧而丑恶，是畸形的；高学历不是愚昧，但是也不能说是文明，所以又产生出一种新的畸形现象。

互联网上传播某些人杜撰的大学处女排行率，遭受很多的谴责。如果说这些人有九十九份的无聊，那么我们不难从其中观察到一份的现实。多种因素作用的结果，大学女生的处女率下降是肯定的，其中有很多大学女生失贞于性交易的场合。

在中国刑法上，卖淫不为罪，嫖娼也不为罪，这也可以说是比较开明的做法。不过在予以治安管理处罚的行为中，卖淫嫖娼受到这个层次上的制裁是比较严厉的。卖淫嫖娼应不应当禁止，是一个可以讨论的问题。但是从遵守现行有效的规范的角度，卖淫嫖娼不应当和大学生挂起钩来。特别是谈到大学女生卖淫，违反了法律，会受到制裁，还去偷偷摸摸地冒险，那就是为了获得其他途径无法轻易获得物质的利益。

人是宇宙当中利益最集中的物体。任何人的关系也就是利益关系。处理这种利益关系好的，我们说情同手足；处理不好的，我们说人和人就像狼和狼的关系。妓女和嫖客的关系，是提供性本能满足的服务和购买这种服务的关系，是很微妙的一种利益关系。

为了以性服务得到物质利益，冒着被惩罚的风险，女生花费很多的时间，付出更多的心理成本。

因此，卖淫不是没有成本的，而是包括时间成本、心理成本以及预期的惩罚的成本。有这么多的成本还要去卖淫，大学女生早已计算过成本——收益的关系。她们不仅为了利益而行动，而且是精明的经营者。经营的是自己的身体，付出一定的成本，然后有一定的收益。

她们把自己的行为看作是打工，看作是经营小商品，看作是

一种特殊的经济活动。

软件盗版的若干理性思考

Some Rational Ideas on Piracy of Software

一、软件盗版的危害性被夸大

各国发表有关网络盗版造成的软件行业的损失，大大地夸大了，是软件垄断主义的表现。实际上，损失的只是预期收益，而大部分不是直接收益。如果没有盗版，也并非那些利用盗版软件的人都愿意去买，都能买得起正版软件，他们或者会找到替换的软件，或者会使用过期的软件，对于个人用户而言，这些都是很经济的措施。

软件更新换代很快，它一方面是技术的发展，另一方面是软件厂商的利益驱动。因为升级，大赚其钱。对于个人拥护而言，稍微滞后一些的损失，比为了跟上每一次的软件更新的花费，还是要小得多。所以，他们实际上会选择稍微滞后一些。

还有，硬件厂商会为用户更深入地著想。他们会想到，用户不会去买没有任何预装软件的最先进的计算机。预装正版软件的话，计算机成本就大幅度提高。硬件比软件具有更大的主动权，

但是用户的购买力一定的情况下，消费就会下降。硬件的市场将受到打击。他们就有两种选择，一种是著手和软件厂商协商，降低正版软件的价格，同时降低一些本身的利润，从而降低销售成本；一种是选择自由软件。事实上，Linux 在中国市场的崛起就和某些大公司操作系统的高价格受到硬件厂商和消费者的抵制有关。这样辩证地看，软件盗版造成的损失，其实并没有那么大。

可以举一个例子来模拟这一结论。消费者如果既可以买得起硬件，要花 1500 欧元，又可以买得起软件，要花 1000 欧元，那么他需要有 2500 欧元。在消费者 A 只有 2000 欧元的支付能力的情况下，他可以买得起硬件，还余 500 欧元，但是买正版软件，不够支付。这样，他就会有三种选择，一种是取消购买计算机的计划，这样硬件厂商和软件厂商的销售都会受到影响而减少，特别是硬件厂商利润会下降；一种是推迟购买计划，等钱存足了 2500 欧元，再买全套的硬件和正版软件，在这种情况下，硬件和软件厂商的利润都会延迟才能实现；一种是买 1500 元的硬件，而由硬件厂商提供预装的免费软件，可能用户只需要为此多支付 100 元就足够了。用户花了 1600 欧元，还余下 400 欧元。这个时候，硬件厂商完成了销售计划，用户买到了计算机，还比预期节省了 400 元，他用这些钱去做别的，而不是把它送给软件厂商；软件厂商没有做成生意，他没有实现预期的利润——而这个预期本来就是是个不定数。这个时候，能说硬件厂商和用户联合造成了软件厂商的损失吗？完全不能。

如果软件厂商一直坚持其价格政策，他将完全失去这部分处于购买力的“边际线”下的消费群体。还是无利可图。如果软件

厂商实行降价政策，即降低其利润率，可能赢得更多的消费者。不过，软件厂商图的是高额或者超额的垄断利润，而不是为消费者著想，因此，它不会降价。它唯一的出路就是：一，把盗版软件彻底禁止，二，把免费软件挤垮，或者吞并，从而纳入自己的价格政策，这样完成其对软件市场的垄断，然后扼杀“边际线”下的消费群体，并且堵死能拥有“边际线”以下的消费者的硬件厂商的出路，使硬件厂商唯软件厂商的马首是瞻，为软件厂商所牵制，完全实现其垄断利润。但是，社会，法律不允许出现这种结果。所以，竞争还会存在，软件厂商的利润还会和实际利润有差距。这种差距，看起来象是损失，实际上市场的规律就是这样决定的。

这从一个具体实例的角度说明软件厂商的所谓损失是夸大了的，也是另有图谋的。实际上它的损失很小，甚至有的可以达到忽略不计的程度，而不能让网络犯罪背黑锅。

在信息社会，软件的存在不仅仅是个经济学的问题。有人用缜密的数学公式去演算软件盗版和软件保护对于软件开发商的利弊。它适于纸上谈兵，而不适于实际效用。软件毕竟存在经济效益，还存在社会效益。如果单纯为了经济效益，那就都建立软件托拉斯好了。反面的例子不是没有。那就是有保护非常好，没有人去盗版的软件，最后没有发展，退出了市场的，也比皆是。比如西方学者经常举的关于网页浏览器软件 MOSAIC 例子，早已被免费软件所取代了。

二、软件盗版为全社会犯罪份额

盗版者毕竟是一个潜在的犯罪人群体，动机就是牟利。如果不是盗版软件，他们中一些人会从事其他的牟利犯罪，比如盗窃，抢劫，走私，贩毒，甚至当他们找不到牟利的犯罪业务时，他们会作出更加严重的危害行为，比如暴力行为等。这比软件盗版更能造成社会的物质损失和心理恐慌。因此，从潜在的犯罪人中分离出来的一部分人从事盗版犯罪活动，只是整个犯罪人群中不同性质行为的份额的变化。从这方面讲，把软件盗版的市场彻底禁绝，对于社会治安也未必是一件好事。

三、软件盗版的三大利益

一利软件本身。允许盗版成为软件开发商进入市场的一种手段。就象做广告一样，广告费的投入带来的效益是数学公式算不出来的。同样，盗版究竟是开发商的损失还是效益，也是数学公式算不出来的。软件的消费者都是理性的消费者而不是机械的消费者。他们的理性不仅表现在可以用数学计算的经济上，而且表现在不能用数学计算的经济上。

软件的盗版著背著恶名，帮助软件开发商打开市场，占领市场，增强竞争力，培育认同感。在正版软件还不能到达的地方，人群，推广了这种软件。试想，如果没有盗版，有的地方，有的人群，根本不可能认识这种软件，他们既不需要，也无力购买，而是认识和接受免费的软件和便宜的软件，他们的需求和购买力

决定了这种选择。盗版则使没有需求的地方和人群也产生了认识，使没有购买力的地方和人群也留下印象。这就象做广告并不是专门针对有钱人做，而对没钱人就不做；宣传一个妇女用品，只向妇女宣传，而不向男子宣传；推销一套家具，只面对已婚的人，而不面对未婚的人一样。

软件的性质，它和一本古典小说，一件耐用消费品不同。你向任何一个人推销了一本古典小说，他可能就一生再也不需重复购买这本小说了；你让一个人购买了你的一辆汽车，他也可能用上十年八年。而如果现在向一个没有正版软件购买力的人推销了一个便宜的盗版软件，时间不长他就会感到这个软件过时了（当然正版软件也是如此）。但是，他认识了这个软件，就象品尝了一块布丁，就会关注这个软件的更新。也可能第二次他还是没有购买力，又买了更新了的盗版产品。如此往复。有朝一日，他有了购买力了，觉得还是买正版软件合算，质量有保证，有售后服务，还有一定程度的免费更新换代。甚至他也经历过盗版软件不正确的解密，给他带来的某些时间，精力上的损失，随著社会角色，工作性质的变化，过去他花一些功夫恢复这些损失还是合算的，而现在在花同样的功夫恢复这些损失就不合算了。所有这些因素，促使他购买正版的软件，与盗版软件道别。

二自利。当然，软件盗版者考虑的不是消费者，也不是软件开发商的利益。他考虑的是自己的利益，他以很小的成本，来赚取蝇头小利（而不是垄断利润）。换句话说，他的成本很小，他的利润也很小。但是他却冒著软件开发商的追诉，司法部门的制裁双重法律风险。这个风险又没有任何的可能去克服，不可能免除

民事责任，也不可能非犯罪化。这种法律地位，增加了他们的风险成本，也有很大的心理成本。

三利司法。实际上，在一些国家，因为软件盗版而被判刑的比较少见。那么盗版者的获利实际上被司法机关及其工作人员所瓜分了一部分，这样是以盗版者的存在，来维持司法机关及其工作人员的执法活动。为此贡献财物的有图书盗版，色情，赌博，吸毒贩毒等，一般是“罚了不打”，即处以罚款，而不再定罪判刑。这样，产生了两种后果，一是盗版受到纵容，因此更多的人加入到盗版的行列，相当于获得了就业的岗位，而盗版创造的就业岗位远比没有盗版而只有正版创造的就业机会多；同时，每个盗版人的收入就会降低，利润下降；市场却由於推波助澜而扩大，使之更为普及；二是，风险固化。盗版人对於风险心知肚明：只不过是把收益的一部分转让给司法机关及其工作人员而已。这些都不是数学公式所能计算出来的经济活动形式。

凡是盗版最严重的国家，经济发展和法治秩序都存在的问题。这是盗版的宏观因素。如果没有经济问题，人人能够承受正版软件的代价，盗版就会减少。如果没有司法的纵容，盗版市场也不会扩大。这就象这些国家的监狱越修越大，警察越来越多一样。有一部分原因，是因为监狱大了，犯人多了，警察的就业岗位才能更多。为了监狱大，需要犯人多，犯罪标准就会降低，刑罚就会更加严酷，冤假错案也会更多而得不到纠正，徇私枉法也能盛行了。

盗版而不坐牢，是因为这样对司法机关及其工作人员经济利益更大。这些人受罚款后，仍会重操旧业，而不是金盆洗手。如

此以往，循环往复，最有利可图，而风险是零的，是司法机关及其工作人员。他们的短期利益(罚款)和长期利益(修监狱)都可以得到实现。

四、司法对于软件盗版的副作用

如果不是盗版，而是强奸案件，那一定要判刑，而且是重刑，去为监狱的扩大提供新的借口。

在扩大监狱，扩大司法人员就业岗位还是现有司法人员获利上，他们会进行争夺。争夺的结果，既得利益者占了上风。因为他们在处理犯罪案件的第一线。罚了不打，那就不能把人再往监狱里送。只有无力可图的，象强奸，杀人案件，才进监狱。

政府对司法的态度也有不同。有的政府，司法机关向他们报告，我治理有方，这个地方的犯罪率下降了，罪犯少了，政府说，好，那你们裁员，缩编，减少财政投入。而有的政府不同，说，好，你们治理有方，给你们加薪，扩编，增加财政投入，扩建监狱。这两种不同的情况下，司法的角色将会朝向不同的方向发展。为什么会有司法的腐败？是政策纵容的结果。

五、软件开发商的计谋

软件开发商的软件为什么价格很高，利润很大？不完全是由于社

会的需求造成的，而是软件开发商自我定位的结果。他们请来软件开发人员，付给他们高薪，以很大的成本开发软件，认为他们的软件社会很需要，就以高昂的价格来赚取超额的利润。这种定位本身就不是一个市场定位，而是一种垄断的操作，是这个行业内的人赚钱的诀窍。

这是他们利用所谓的高新技术从其他人手中攫取财富的手段。如果这些同样的高新技术为很多人掌握了，他们还能有这样的机会吗？恐怕答案是否定的。他们又会开发所谓更新的技术来赚钱。

所以，软件开发商和一个餐馆没什么两样，他们整天吆喝著，来吃吧，色香味俱全，营养丰富。一天两天，一年两年，十年八年，他们的饭菜改变了许多，而他们依然是这两句话。那么十年前，他们的饭菜究竟有没有营养，谁也说不清楚了。

因为他们吆喝，挤垮了没有吆喝的餐馆，他们赚钱就更为方便了。实际上，没有这些人，人们也不会饿死。就象没有这些软件开发人员，没有这些软件开发商，社会也不会停止发展一样。

中国学术的悲哀

Tragedy of Chinese Scholarship

媒体上一度广泛炒作北大博士生导师王铭铭剽窃²的事件，受到全世界学术界的关注。³乍一读这些消息，确实有一种让人义愤填膺的感觉，甚至还赞同人们谩骂的痛快淋漓尽致。

后来仔细推敲，这些谩骂放在王铭铭头上，是不完全公平的。至少他翻译了这本书，是十几年后，才在自己的书中抄袭了

² 在1998年版的新牛津英语词典中，剽窃被定义为：“采用他人著作或者观点而当做自己的。”在中国，人们把剽窃定义为“未经原作者同意，把他人的作品原封不动或改头换面之后据为己有的行为。”按中国人解释的标准，比起西方的标准，还要宽松一些。在哈佛大学，剽窃被定义为：“盗用他人的观点或者著作。”

(available at: <http://www.extension.harvard.edu/2001-02/policy/honesty.shtml#plagiarism> (accessed on 31 Jan. 2003)). 在剑桥大学，剽窃是：“采用或者适用他人的思想，作品或者发明当做自己的。” (available at: <http://www.divinity.cam.ac.uk:8000/Graduates/Plagiarism.html> (accessed on 31 Jan. 2003)). 在这个标准下，抄袭文字或者引述他人的观点，而不正确地注明，就是剽窃。

2002年1月10日《社会科学报》刊登《北大博导剽窃，叫人如何不失望》一文中所指的剽窃者，是北京大学教授王铭铭。其著作《想象的异邦》中有10万字是从美国学者哈维兰名著《当代人类学》中抄来的。这本书“收入了作者1987年以来的人类学评论作品，共分四编，第一编探讨人类理论发展的脉络；第二编介绍人类学的主要研究分支和视野；第三编对在当代人类学界产生深刻影响的学者和思想的评论，第四编侧重探讨人类学的跨文化表述危机及人类学学科的中国相关性问题。”(引自：

《想象的异邦》内容介绍及节选，<http://edu.21dnn.com/2/2002-1-18/75@31674.htm> (accessed on 31 Jan. 2003).)

译著的内容。他认了错，道了歉，得到原作者的谅解。⁴从这些来看，王铭铭并不是学术界恶中之恶，而只是一个一般的剽窃者。

对于他的毛病，应该放在中国学术界的大背景下去考虑，而不能完全用西方人的思路去考虑，去分析。

中国学术界的大背景是什么样的呢？

“目前学界主要存在着五种不良现象——低水平重复、粗制滥造、泡沫学术、假冒伪劣、抄袭剽窃。”⁵

“中国学术界频繁出现剽窃这样的事，是很不光彩的。”⁶

前几年，有个词典大王，编了那么多的词典，后来发现是剽窃的结果，经过严格的法庭审理，确认了这个事实。还有法学剽窃大王，经济学剽窃大王等。这些大体上都可以归结于社会科学方面的剽窃。甚至还出现了自然科学方面剽窃的例子。王铭铭事件也就不足为奇了。

但是大家考虑过没有，中国的学者不剽窃的能有几个？你找

⁴北大名教授剽窃后续：王铭铭向哈维兰道歉，《江南时报》（2002年01月25日第三版），转引自：

<http://www.54youth.com.cn/gb/paper262/1/class026200002/hwz196502.htm> (accessed on 31 Jan. 2003). 报道说，美国《华盛顿邮报》通过电话采访了哈维兰教授。哈维兰教授表示，王铭铭已经为剽窃一事写信向他道歉，“我感到遗憾，他是有点失控了。”

⁵学术腐败为何猖獗 对北大博导剽窃事件的三点反思，

<http://www.54youth.com.cn/gb/paper262/1/class026200002/hwz196061.htm> (accessed on 31 Jan. 2003)。以及李彦春，杨玉圣：严打学术界的欺世盗名者——学术批评网站掌门人杨玉圣谈学术腐败、学术批评和学术规范，《北京青年报》2001年6月21日，转引自：

<http://www.54youth.com.cn/gb/paper262/1/class026200004/hwz195556.htm> (accessed on 31 Jan. 2003)。

⁶谢泳，剽窃是如何发生的，

<http://xyju.xiloo.com/mjy/2002/mj0089.htm> (accessed on 31 Jan. 2003)。

出一些新出的教材，专著，甚至於短短5000字的论文，有几部，几篇不是足足抄上三分之一以上甚至三分之二以上？连本科生，硕士生，博士生的学位论文，也会是剽窃。我以前每年指导十来篇本科生毕业论文，在交来初稿的时候，经常发现有的论文原原本本抄人家一篇，有的论文改头换面抄一篇，有的论文七拼八凑抄自几篇。我还参与过几十个自学考试本科生的毕业论文答辩，发现有的论文从题目到内容，互相是一字不差，一模一样。后来上网看，原来博士导师也有和博士生一起剽窃的论文。

我就想，他们为什么都会抄？

一想，想起来了。我们的学校里面，特别是大学里，从来就“真正”没有教过怎么样写论文，也没有教过写论文涉及到一个伦理问题。而这个问题，却从来都沿袭下来了。老师也不知道怎么样写合乎伦理，学生当然也只有靠自己揣摩了。事实证明，大部分都揣摩到邪路上去了。

有的人会争辩说，明明我就教过写作学，怎么能说学生没有学过。我不想正面回答这样的争辩。我想举个例子。

我从小学习，使用普通话，在大学教学，也使用普通话，而且你可以去查，每年学生对我教学效果的评价还不错，有时还是全大学的优秀。突然有一天，教育厅来考普通话，让我编个小时印象最深的一件事。我没有回答上来。结果，说我普通话不合格。

我就想了，我学了几年英语，中国所有的英语资格考试都通过了，什么四级，六级，什么EPT，什么职称外语考试A级。没有人说我英语不合格。我学了德语，以几乎满分的成绩结业。我学

了日语，到了日本，没有听说过有人说我日语不合格。我来了芬兰，三个月拿下了芬兰语中级课程。

为什么我的母语是汉语，我讲的是普通话，偏偏它就不合格？

这就是一个类似问题的答案。里面有一种机制在起作用。我的普通话本来是合格的，可是有的人就是为了某种利益让我不合格。我也想到，几乎每一个文明国家，都不会给自己的国民设立什么语言考试。如果那样的话，魁北克的居民就都能通过英语考试？魁北克的教授就都用英语？

我们这个教育和学术的机制里面有很多莫名其妙的东西。

我也想起来从小大家都学马克思主义哲学，里面也有一些认识论，方法论的问题，也可以用于研究，写作的活动中。还有，几乎每一本教材，也都有一章或者一节，叫做“本课程的研究方法”的内容。我也学了，我也教了，发现那是最空洞，最枯燥的一节。“马克思主义哲学是根本方法，调查研究的方法，历史的方法，比较的方法是基本方法，本课程还有特殊的方法，比如...”讲来讲去，学来学去，发现它并没有真正起到“研究方法”的作用。

后来，我把我找到的教材都搬出来，一对比，原来如此：每一本教材的这一部分都大同小异，都是互相剽窃。甚至有的叫做“专著”的书里，也原原本本地或者改头换面地有这么一些内容。

这样，大学教育里面缺乏的就是告诉学生(以及老师自己)，

要本着一个“对於科学有新发展”的态度，来写一篇论文。这句话是西方大学写论文的一个要求。这个要求表述很简单，但是内涵却很丰富。

用这句话当作一把尺子，把中国的图书馆里收藏的书，书店里买的书，特别是社会科学方法的学术著作，拿来衡量一下，会有百分之多少不合尺寸啊。

每一个作者都会想，导师还抄，导师的导师也抄，我抄一点算什么？

有人从大学毕业到现在，十几年的时间，著作是600万字以上。可以用小学算术算一算，这600万字会是什么呢？对於这门学科的发展起了什么作用呢？有人才40岁就发表了400多篇文章，出版的专著和主编的著作，有200多部。如果真的是“对於科学有新发展”，那这门学科，只能用一句话来形容了：“不得了了！”⁷

相比之下，王铭铭因为剽窃而被处理。⁸真是有些“冤枉”了，才抄了几万字，书才印了区区几百册，钱没赚到，名没捞到，弄了个身败名裂。会剽窃而且很风光的，大有人在。在王铭铭事件发生之初，也有人呼吁：

“我们要严肃对待王铭铭剽窃事，不可无原则的宽容和放

⁷还有比我所关注的学者更丰产的人，参见：学术腐败形形色色——倒底是谁玷污了象牙塔，《中国青年报》2002/01/15，转引自：
<http://www.54youth.com.cn/gb/paper262/1/class026200004/hwz195527.htm> (accessed on 31 Jan. 2003)。

⁸北大处理王铭铭：停招博士生免去学术职务，《北京青年报》2002年3月02日，转引自：
<http://www.54youth.com.cn/gb/paper262/1/class026200002/hwz202906.htm> (accessed on 31 Jan. 2003)。

纵，以警示我们要认真清除学术腐败。否则纯净的高等学府和文化殿堂，不但起不到提升全社会整体素质的作用，而且会被具有道德良知的人所不齿的唾弃。”⁹

而现在，事件已经结束了。还有谁记得当初的义愤呢？有人主张：

“最简单的办法是剥离学术和所有利益的关系，逐步建立大学独立和学术自由的评价体系，这才是减少剽窃的根本出路...”¹⁰

⁹ 江曾培，也谈王铭铭剽窃，2002-1-28，available at: <http://www.jschina.com.cn/gb/jschina/news/luntan/zzpl/userobject1ai44273.html> (accessed on 31 Jan. 2003).

¹⁰ 谢泳，剽窃是如何发生的，available at: <http://xyju.xiloo.com/mjy/2002/mj0089.htm> (accessed on 31 Jan. 2003).

中国法学的迷茫

The Confusion of Chinese Legal Studies

读古诗，大凡有三种，一种是对上的，写给长官，长辈看的；一种是对平行的，自己写自己看的，或者是写给知交看的；一种是对下的，写给下人，晚辈看的。内外有别，上下有别，等级观念暂且搁在一边。其中有特别的一种，是因娼妓而作，给娼妓看的。虽然是给娼妓看的，也是字字珠玑，没有敷衍了事。

而现在的书，多数还不如写给娼妓们看的那些。古人至少以“诗言志”。而现在的书，东抄一通，西抄一通，拿出来看，连谁是他母亲都不知道了，只能去让反学术腐败的专家们去做DNA鉴定。一鉴定，原来是剽窃。

法学文章一大抄，后人抄前人的，学生抄老师的，老师抄学生的，学生抄同学的，老师抄同事的，甚至学生替老师抄。老师因为抄而戴着荣誉的光环，学生因为抄而前程锦绣。有关揭发学术腐败现象的声势很大，据说有人为当院士而抄，有人为当博导而抄。怪不得有的人就当不上本专业的博导，而只能当外专业的博导。因为看到他发表的文章，尽是自己吭哧费力写的。

编书是抄，发表文章也抄；有的作者抄，有的编辑也抄；编辑帮助抄的作者，帮助作者抄的，也不是没有。什么这个刊物，那个刊物，发个文章抄不抄不给发，要看和编辑有没有交情。有时候有交情也不行，到关键的时候，拿你一把，还得特别地去巴结他。编辑的权力大着呢。他每年给你发上一，两篇，三，四篇（中国的刊物一般没有什么限制），有几年下来，你也当法学家了。

曾几何时，刊物也有了级别之分。A级，B级，C级，D级。出版社也有级别。甚至法学家们去考证贝卡利亚的小册子，当初究竟是哪一级的出版社给出版的。

过去常说“千里马常有，而伯乐不常有”。现在是“有伯乐就有千里马”。编辑是你“伯伯”，也使你“不乐”，比起你父母亲还有权威。

马克思，恩格斯抄过没有？好像没有。毛泽东抄过没有？好像也没有。如果毛泽东愿意抄，那还不发大财了。所以，抄不是马克思主义这儿学的。

“天下文章一大抄”，原来根在这儿。中国自古以来社会科学的写作学就没有发展过。抄来抄去，最后还得读《论语》。所以，中国历史上只有不愿意抄的文学家流传于世。比起西方世界来，文学作品倒是更加源远流长。

法学家们，还没过四十五岁，就发表了一百篇以上的文章的，大有人在。爱因斯坦一生才有二百五十篇文章（有的还不算论文）。相当于爱因斯坦一生文章数量的二倍，而且还健在，活得很滋润，还在不断炮制论文的人，也不是没有。

不是以新为荣，而是以多为荣。

这样一比较，你说中国能发表法学文章，能出版法学书籍的出版资源能有多少？

试想，如果波斯纳的《法律的经济分析》改头换面，出100本书，不是不可能的，不仅合情合理，而且合法；不仅有人会为之出，而且有人会为之卖。然后拆开来，拼起来，在发表100篇文章，大赚一把美元。不仅有广告效应，而且有额外收益，而成本则基本上为零。那样不是更经济吗？说不定，那个诺贝尔经济学奖不会落在贝克头上，而给了波斯纳了。如果是按照中国法学家的标准，还不是这样？

不是波斯纳不懂法，也不是波斯纳不懂经济，而是波斯纳不懂浮躁，浮夸。

现在，中国的法学博士，硕士停招，高学历的法学人才数量上也够了。把博导，硕导们都重新审查一遍，看看他们是不是有剽窃史。当然，有些还真的没抄过。但是，有一大批，将因此身败名裂。

共产党还搞整风，三讲，法学界就不能搞个整风，让历史从今以后写下一片清白？

有一次，突发奇想，整理了一下自己书架上的法学书。一本书，一本书翻来翻去，掂来掂去，一本又一本的教材，专著，甚至译作，装了好几麻袋，卖给了收破烂的。从此以后，买书特别慎重。从中发现个现象，所谓教材，大同小异，一百中留下两三种，足矣。所谓译著，也语句不通，比原文还难懂，根本就不是

中文。如此，架上显得空了，也清丽了许多。有空，翻翻《刑事一体化与关系刑法论》，《刑法哲学》，《法人犯罪与刑事责任》，每一本都是刑法学历史上的划时代的著作。还有王名扬的《英国行政法》，龚祥瑞们的《法治的理想与现实》，等等。我曾经给学生推荐，你即使不学行政法，你也应该读一读龚祥瑞的书，读他的前言和后记，甚至你看看他的书名，也会有收获。这就是一种质，一种质地，一种品质。

可惜这种质远远被忽略了。

刑事法学学习方法论¹¹

Methodology of Learning Penal Law

一、关于法学的学习

刑事法学是法学的一个分支。在学习方法上，有着共同的方面。因此，对于整个法学的学习，也谈一些学习的感想。

(一) 法学是浅薄之学

1、法学是现实之学。以法学为志愿的学生多少有一点现实主义的选择，或者说虽然选择的时候不是这样，但是学习的过程中会逐渐培养起现实主义的习气。这是因为法学专业学生的就业，面向的主要是司法领域。任何其他方面的就业，都是从属性的。在司法领域富有权力和利益，这是不容否认的。但是它解决的主要问题，往往是非常具体和琐碎的。不管是刑事司法，民事司法还是司法的任何其他方面，都是和社会上最恶劣的事、最刁蛮的人联系在一起的。所以，从是司法领域各种职业的人，往往

¹¹ 作者感谢日本的法学教授们，在他们的课堂讲演和发表的论文中提出的观点，对作者启发很大。本文的一些想法，来自这些教授们的研究结论，而不是我一个人的发明。但是所有的错误由本人承担责任。

也会有两种结局，一种是经不住耳濡目染，与最刁蛮的人为伍，也变成刁蛮无比；另一种是所谓正直的人，不得不在社会上树立许多恶人以为敌人，甚至成为这些敌人的牺牲品。在全世界都是这样。有人说我去保持中立，学得圆滑，巧妙。那样的人也是有的。不过，还是处於这两种类型当中。

2、法学是浅薄之学。世界上的许多法学大家都认为，法学不是能够废寝忘食热衷于之的学问，也不是能带来革命性的思想变革和世界历史性的发现的学问。自古以来，法学界没有产生过能和阿基米德、康德、马克思、韦伯相媲美的学者。和自然科学界名垂青史的学者比较，即使是最伟大的法学家的功绩，也显得非常逊色。要想在法学的研究领域有所成就，就必须要从跨学科的工作，或者和自然科学的发展想联系，或者和社会科学的其他部门相结合。有人固守法学领域，说我严格遵循学科的划分原则，那他就只能逞一时之强，而没有永久的价值。所以，抛弃世俗的观念，进行跨学科的作业，在学术方面才能有所成就。

历数我们法学中耳熟能详的思想家，无一不是得了跨学科作业之利。这样的例子甚至中学生都能举的出来。你能说那些人只是法学家吗？与其说他们是法学家，不如说他们是哲学家或者社会学家，经济学家等。

3、法学是循序之学。但是，要说法学的知识体系的广博，它又是无限的，象永持续不断的大海，也象满天星斗的夜空，在我们面前展示开来。我们面对大海与苍穹的时候，贪欲和禁欲交替，绝望和热衷冲突，总是容易有所动摇。不过，法学的学习要逐渐积累，聚沙成塔，积腋成裘。想找到投机取巧恶方法是没有

的。现在世界各国，学生作弊是很普遍的现象。平时作业的时候互相抄袭，考试的时候互相帮助，甚至毕业论文还要剽窃。

网络的兴起，更是为剽窃提供了无限的资源和无比的便利。根据西方学者的不完全统计，有至少250个英文网站为学生提供作业和毕业论文作弊的有偿服务。我的研究发现是，中文网站或者说设立在中国大陆的网站也开始了这样的服务。鉴于我不能亲自去考察真相，我不能点出它们的名称，也不能提供它们的网址。

当然剽窃和作弊不单纯是学生的专利，为人师表的大学教授，天下独尊的科学院院士卷入作弊和剽窃的例子也不胜枚举。我在国外期间偶尔也查阅一些有关剽窃的案例，发现有很多海外的中国人也因为剽窃而被揭发甚至起诉。这是非常不幸而令人尴尬的事情。是不是我们的什么体制促成了这种弊端呢？

但是我们是学习法学的，法学是研究规矩的学问。研究者和学习者都不遵守规矩，这种学习和研究有什么意义呢？

（二）法学是灵性之学。

1、摆脱死记硬背。

从中学时代起，就形成一种说法：“文科的学习就是死记硬背”。这是一贯的做法。在大学的学习中，有必要抛弃这种落后的观念。教育体制，也应该朝着避免这样的弊端而不是促成这样的弊端的方向去改革。但是，现在的一些所谓的改革，实际上使我们已经很落后的考试制度雪上加霜，以改革的名义，作了复古的事情。

过去的大学教师，一上讲台第一件要做的事，就是教学生如何做笔记。他们教学生各种层次的标记符号，一、二、三、四，（一）、（二）、（三）、（四），1、2、3、4，（1），（2），（3），（4），等等，等等。现在看来，这种做法没有多少好处。这个背后代表着一系列的机械运动，老师在教材里写着，在黑板上抄着，在嘴里念着，学生照猫画虎，在笔记上抄下，下课后背着。老师还威胁学生说，我要考的就是你们的笔记。学生们把做笔记、背笔记当成就是学习。你们能学到什么呢？还有的老师不把学生听不听作为课堂教学质量的尺度，而是把多少学生在做笔记作为衡量的标准。这种要求不也有些偏差吗？

2、灵活思考。概念只是思考的工具，它本身没有什么目的。比如说法学的许多术语，是大家共同游戏的规则，最终的目的则是用自己的头脑去思考，去在游戏中赢对手。因此，完全理解这些规则，而不加以利用，还是毫无意义。利用过程中，必须要在自己的头脑中具有法学的思考轨迹。特别是要求政策判断的思考轨迹，以及理论思考的轨迹。

有些中国的大学教授，不仅把概念就当作是学问，而且把概念就当作是确立威严的基础。我参加过一次某所大学举办的博士研究生入学考试，面试的问题是连珠炮式的八，九个名词解释。当然他要求的是把他的主张回答出来，而我是从另外一所大学的研究生院毕业的。不得了啦，要是我上了这个教授的博士，那日本的教授，芬兰的教授，还有中国大学里面真正的法学教授，还能承认我的价值吗？

我向来主张法学不是一台机器。法学中的概念也不是机器的零件。法学是一个有机体。概念是它的器官。我就想给那个大学教授提出一个建议，你把自己的身体器官都分开来看看，你还不能来主持考试。这个道理是一样的。哈特写了一本叫《法的概念》的著作，德沃金也有《法的帝国》的著作，都没有得出什么叫法的定义。你一个教授，竟然在一本教科书里面罗列了至少1,000个概念。相形之下，才能发现这里面的问题之所在。试想，如果苏格拉底，柏拉图，孔子，孟子，都是来建立定义的人，那他们还能为我们所敬仰吗？

3、否定权威。不知道从什么时候起，学术界开始讲究起权威来了。甚至於在握当了大学教师的时候，就有人说你是我们这里的某学科权威。我认为，所谓权威是不存在的。我们必须用发展的，批判的眼光去看问题。

法学，一直就被西方学术界当作保守的学问。要是树立权威的话，这里面国家的权威、学术的权威、现实的权威、通说的权威、实务的权威等等，甚至在有些国家和地区还有黑社会的权威，在法学的学说和理论中，也形成了各种各样的权威的情况。

在我们的课堂上，教师可能还有出题，打分的权威。就象我举的大学教授招收博士的例子，他那样作是完全合法，合理，甚至合情的。我没有指责他。

但是，在法学中，所谓权威应该服从理性。学生应该多疑问、多收集信息、多思考，在理论的光芒照耀下进行价值判断。

4、心理平衡。法学是实践的学问，要求结论的妥当性，领教理论，反省政策。唯我独尊，是宗教界的事情。法学只在社会

中存在，是研究社会的学科。

我们说权威不存在，并不是说因为我们不是权威而产生嫉妒。我们要做的事情，是向有一技之长的教授们学习。学术界还是有很多颇有建树的教授，在那里辛勤耕耘着。他们从来没有因为我们不称他们权威而苦恼。他们的成就放在那里，社会承认，历史记载，是人类的精神财富。我们在长者面前还是要毕恭毕敬——这是东方人的传统。在西方，师生是平等的。在教授面前就象在同学面前一样，那时另外一种文化。

5、理论与实践。法学有强烈的实践性目的，但也有对法学的错误认识。或者割裂两者，或者过分强调任何一方而忽视另一方，这些情况都容易发生。不去实践和急于去实践都是不可取的。

教师会提供许多实践性的素材，会分析案例，甚至田野调查。学校会提供更多的有组织的活动，包括旁听法庭审判，参观一些司法设施，组织模拟司法，或者在司法机关见习等等。这些都是在学习理论的同时培养对司法的实际认识的环节，也是一个从课堂学习到实际操作的过渡。

(三) 几点技巧

1、全局之学。学习法学要以全局的态度去对待。我们不提倡只知概念不懂系统的做法——不要拿着一些法学的器官去渲耀说，“看！我们掌握了法学了！”

在学习中，概念要理解，理论也要很好地把握。在读书的时候，就要精读和通读并用。

在开始法学学习之初，如果单纯去思考，思考就成了空想，从空想到妄想，一步之遥。去思考应该基于一定的概念，理论和事实。因此，首要的事情就是把基本的书通读一下。这样才能对这个机体而不是器官留下一个整体的印象。

2、理性之学。在学习过程中，要展开理性的讨论。这与因世界观而发生的矛盾有别，也与吵架不同。对于前者，不要因为意见分歧而随意地把对方当作敌人，在一些问题特别敏感的国家，还是应当注意。比如在德国，对于法西斯主义，在美国，对于恐怖主义，在中国，对于分裂主义，等等，要因时因地而遵循禁忌。对于后者，年轻的学生可能也会因为在辩论中处于优势与劣势而产生激动。这些，都是应当避免的。

3、自由之学。传统应试教育方式剥夺了思考的自由。全世界的教育都在检讨和改革进程当中。我认为要在有一定压力的情况下，以最小的努力，换取最大的效果，博览群书，跨学科作业。

二、刑事法学的学习

(一)明快之学。犯罪给社会带来了挥之不去的阴影。犯罪是灰暗的，研究犯罪的学问刑事法学也是灰暗的。有多少学生，把厌恶刑法的理由描述成是因为刑法是灰暗的。犯罪之对于成年人，就象漆黑的夜晚之对于幼儿。幼年的时候，只知道夜晚的黑暗，而不知道社会上的凶险。在没有接触刑法之前，犯罪好像离我们非

常遥远，好像事不关己的样子。长大了，发现漆黑的夜晚并不可怕，而凶险的社会才真正令人们的灵魂噤若寒蝉。

我们会逐渐看到，明快的世界里面黑暗无处不在。过去，我们可能没有看见。现在，开始不得不去看。但是不要因为进入这个黑暗的世界而把人生也塑造成灰暗的。学习法学的人，要力争保持脱身于灰暗之外。这样，需要有一个坚强的信念，那就是正义的信念。

我在芬兰住在离北极8公里的地方，冬天的时候黑夜很漫长。但是我走在昏暗的灯光下，就想着，什么时候这些灯灭了，我就能看到太阳。我不能想这些灯再亮一些，再亮一些。它们只是为了人们在没有太阳的时候能够见到光明而设立的。法律也是这样。

(二)弱者之学。学习刑事法学，要置身于弱者的立场。谁是弱者？多数情况下，犯罪被害人是弱者。但是，另外一方面，犯罪人也可能是弱者。因为犯罪发生在一种社会或者国家的制度范围内，刑罚是社会或者国家对于犯罪的反动。我们将来要为弱者提供服务，不仅为被害人，而且为犯罪人。这样在我们心目中，不应当具有作为一个普通公民具有的那种对於犯罪的仇恨。如果我们遇到犯罪，我们也会仇恨，这是正常人的态度。但是我们面对的不是仇恨和报复，而是理性的惩罚，让犯罪人得到他应得的惩罚。

从翻译到创造¹²

——中国社会科学翻译的价值

From Translation to Creation

-- Value of Translation in Chinese Social Sciences

尊敬的主席 Tsutomu Kano 先生，女士们，先生们：

我们今天在这里集会，研讨社会科学文献翻译的课题。我感到非常荣幸。我对翻译有着浓厚的兴趣和长期的投入。我曾经从事了英文法学文献翻译为中文的工作。按照会议的主旨，今天我们交流的内容，并不局限于专业领域。所以，我的报告结合了我对于中国当前社会科学文献翻译的状况的认识。我希望能够对来自世界各地的各位专家有所裨益。

在一些发达国家，随着国民文化素质的提高，多语阶层日益壮大，翻译的地位似乎有所降低。在发展中国家也有类似的现象。因为世界各大国在二十世纪最后二十五年从冲突期、对峙期进入了和解期、对话期，发展中国家普遍以此为契机，推广发达

¹²日本社会科学翻译中心社会科学文献翻译国际研讨会特邀报告中文本（1998年9月11日至14日，日本京都）。令人悲痛的是，Tsutomu Kano先生已经不幸于2002年春因肺癌英年早逝。

国家具有代表性的语种，作为学校教育中必备的课程。经过努力，已经有一代又一代的人，在掌握母语的基础上，还具备了较为系统丰富的一种或者几种外语的知识，或多或少地在以一种或几种外语交流、阅读或者写作。中国已经培养出了成千上万的多语社会科学工作者。在这种情况下，翻译已经没有存在和发展的必要了吗？

回答是否定的。原因在于，在中国，任何一种外语，基本上只是考试语言，在教学、科研、交流当中的应用还不十分广泛，尤其是在中国人口庞大的基数中，四十岁以上的多语学者寥寥无几，而又以懂俄语者居多。中俄两国历史上，发展道路时而相仿，时而相左，造成中国学者无所适从，他们的俄语知识几乎没有起过，也不在起积极的作用。而四十岁以下的多语学者，以懂英语者为众，懂日语者次之，还有其他各语种。这些语种的教学质量较高，培养的人才较多。但是由于中国多数高校、科研机构资料匮乏，订购外文资料数量有限，有的几年买不起外文书，学者们无从借助自己的外语知识进行阅读。因此，外文著作的翻译，几乎成为中国人获得外国资料的唯一渠道，而专门翻译队伍的存在使这一渠道畅通。也由于该原因，翻译在中国并非人人可为之，成为那些既精通外语，又掌握新书的翻译阶层的专利。缺少其中任何一个因素的人，就与翻译无缘。而这种物质上的原因，似乎更为主要。

这样，中国的社会科学翻译者中，出现了许多滥竽充数之辈。甚至少数某些学科的专家，也参与到这种名利双收，却贻害读者的勾当中去。他们对于西方的社会科学不甚了了，外语知识

贫乏，汉语表达尚不完善，译出的材料错漏百出。错译不如不译，这时翻译最基本的原则所决定的。当然，中国的确有一批翻译名家，严谨治学，精通原文，母语流畅，译成了许多脍炙人口的著作。这类著作多为西方古典名著，一、二百年甚至几千年以前的学者所著居多。现代著作较少。这并不是因为中国特别需要古典的西方著作及其所表示的文化传统，这有其内在的重要意义，而是因为这些中国学者对这些著作所表达的观念相对而言比较熟悉，现代著作所表达的观念则远为陌生。因此，可以说中国社会科学翻译的目标在于及时移译西方现代著作，与西方同步作思想交流。

但是，这种交流障碍甚多。一是西方著作的内容是否能够符合中国国家或者社会利益，某些内容是否需要删节；二是中国出版社在弄不清楚这些书的价值之前，是否会冒险承担这些译著的出版，要出版也需要协作出书，也就是要求译者自负费用，或者包销书籍，而这就与西方尤其是美国的著作权制度发生严重的冲突，他们的要求是与中国的出版社而不是译者直接对话。这种由译者促成的机会是很少的；三是中国学者连续系统研究西方某一学科现代发展的力量显得薄弱，尤其没有组织成为专门的社团，由多人多年确定相关术语的中文对应表达方法，造成的后果是，一人一种译法，研读西方著作的中译版，仍然像读外文，甚至不如读外文易于理解。因为他们都熟悉该外文术语，却不熟悉他人所用的中文译语。在中国现代历史上，就有过从日本大量引进术语的先例，而这一引进大大更新了中国文化的观念，至今已经融汇其中。加之，中国领土现代的分割，形成不同的文化区，台湾、香港、澳门，对于同样的概念采用不同的术语，也使中国

大陆学术界借鉴颇多。

由于缺乏与其他国家在社会科学领域的交流，中国社会科学的发展滞后，而且长期以来只是为政治服务的工具，缺乏独立存在、独立发展、独立创造的力量。中国的观念与西方是格格不入的，而这种局面完全是由于人为的政治原因造成。在中国改革开放的社会环境下，与其说存在文化冲突，莫如说是一种政治冲突。任何断言中国政治和西方政治有靠拢的倾向的观念，都超越了时间的背景。中国政治是稳定的沿着自己的轨迹运行的。

中国的翻译家面临着更多的两难抉择：究竟是选择古典，还是选择现代；究竟是做严谨的学者，还是充数的骗子，都还成问题。中国翻译家肩负着更多的使命；西方国家的翻译家需要肩负的有之，他们不需要肩负的，也有之。他们的使命的达成，就是他们才能的发挥以及他们人格的实现。

现在，中国的翻译工作远远不能够发展到满足各界各阶层需要的程度。而这些翻译家身兼的另一使命则是在自己翻译的基础上进行再创造。因为他们才懂得原文所传达的不同文化的真正内蕴。因此，中国出现了除了单纯翻译之外的“编译”，以及某种意义上的“编著”现象。可以说，这是翻译活动在中国的变种。这可以视为一种再创造的过程。中国语言文字、结构层次、逻辑思维的表达，和任何一种外语都有显著的差别，直译也就是照样子翻译显得不合群。所以，在结构层次的编排上进行重新组织肯定是必要的。如果问一个中国的大学生，愿意读一本翻译的书，还是编译的书，他肯定回答，当然是编译的。按照受欢迎程度，翻译小于编译，编译小于编著，编著小于编写。因为它符合中国

著作的编写惯例。否则的话，译出的书，有的会和原文一样难以理解。这种工作，能否也称为翻译，尚难下定论。如果说编译是翻译，那么翻译和某种意义上的创作就混为一谈了。因为中国学者在编译时，往往会把几本外文著作拿来作为参照，又不时加上自己对于相关问题的评价、阐述。如果说它不是翻译，那么编译过程中大段大段地照抄（翻译）原著无论如何也不是“创造”的，更不是剽窃或抄袭。

所以，说中国式的编译是一种折衷式的翻译并不过分。这是由于“欲完全翻译而不许”和“欲完全创造而不能”两种障碍造成的夹缝——中国的翻译家在夹缝中生存的表现。在这种情况下，既要演奏西方人的钟声，也要演奏中国人的鼓声，形成一种不太和谐，但又迫不得已的乐音。这对于中国人迈着艰难的步伐迈向未来是极为不利的。

另外，自古以来，中国学者移译西方著作的另一种价值在于，借他人之笔，抒一己之胸臆。学者们总是不得不舍弃自己的创造成果，寻求与自己观点偶合的西方著作进行翻译，从而以他人之名、借他人之笔著书立说。译文不可避免受译者观点倾向性的影响，其内蕴必然在某些语句、章节，甚至通篇到处都表达着译者思想的精华，是否会增加、改变、删减原著内容不得而知。这种意义的翻译表面看不够严谨，但这不像那种沽名钓誉、贪图私利的译者。这种翻译，所欲表达的人类理性上的积极冲动，应当得到关爱全人类的全面福祉的各国学者的理解。尽管不是唯一最好的选择，但却是唯一最无奈的选择。

谢谢大家分享我的观点。

道路、拆迁、黄金地段和开发

——评被阉割的中国权利理念

Road, Demolition, Prime Location and Development

-- Comments on the Castrated Idea of Rights in China

中国的道路设计特别是城市道路设计，是非常奇怪的，讲究直南直北、直东直西，因此到处都是 90 度的交叉或者转弯。从天空看，道路网似乎很有规矩，象格尺画出来的一样。方方正正被认为就是美。中国人做人做事倒是不讲方方正正，而是讲究圆滑。而道路的这种方方正正并不具有实用的价值，车辆转弯、掉头有极大的困难。在较窄的道路上，经常遇到一辆车为了转弯而把整个道路给堵死了的现象。即使不被堵死，这些路上也呈现出一派混乱的景象。不是大多数中国人没有规矩，而是这种设计给中国人留下了后患。

90 度的转弯，对于车辆来说是有难度的。工程师没开过汽车，也骑过自行车吧。没骑过自行车，也可以用跑步、走路做个

实验吧。就是走路的时候 90 度转弯也是很很不方便的。速度越快，越困难。因为你得付出更多的注意，你得减慢速度，你还得避让其他的行人车辆。遇有建筑物，就算你停下来，还是看不到侧面的路况。

所以，90 度的转弯就像练武术摆个花架子，花拳秀腿，但是不经一战。日本都市的道路并没有中国的这么宽，也没有中国的这么直，可是一般也没有中国的这么堵、这么难。中国人有走路的权利。日本人却享有走路顺畅的权利。

中国人比较穷，机动车还没有普及。中国还远远没有成为福利国家，公共交通非常非常不便利。不管机动车普及不普及，不管公共交通便利不便利，中国因为人多，还是会有许许多多的步行人和骑自行车的人。步行和骑自行车也需要道路。步行和骑自行车速度比较慢，这是常识；他们不能和机动车共用道路，这也是常识。还有一个常识，中国的大多数道路，都是所有的机动车道、非机动车道搅和在一起，机动车和非机动车结伴同行，擦肩而过。险恶丛生，而且失去效率。不仅直来直去的道路如此，转弯也是如此。交通的混乱在十字街头达到了顶点。

为了解决十字路口的交通拥挤状况，有的城市建设了立交桥。有的立交桥设计很差劲——再没有别的词可以描述了：本来是 1 个大十字路，建成立立交桥之后，一下变成了 4 组小十字路。而每组小十字路由包括 4 个更小的十字交叉，即 1 个非机动车道和非机动车道交叉口，2 个非机动车道和机动车道交叉口，1 个机动车道和机动车道交叉口。也就是说，这一个大的十字路，现在变成了 16 个小的十字路。

有人说，分割成小的十字路，就是把交通流量分担了。实际上没有分担，而是雪上加霜。交叉多了，效率就降低了。

还有，中国人就是不使用科学的东西，比如有时间差的红绿灯。红灯灭了，就是绿灯；绿灯灭了，就是红灯。黄灯象征性地闪上几次，也不起缓冲作用。在别的国家的交叉路口，为了有个缓冲，设置的是两条道路红灯同时亮起，持续几十秒，然后一条路上的绿灯才亮起。在这几十秒当中，该走的车辆、行人都能顺利通行，根本就没有不同方向的车辆拥挤在一起的情形。

而且外国的红绿灯车辆、行人都管，而在中国的很多城市里面步行者似乎可以不顾红绿灯而自行其道，人行横道成了行人横行的道。中国司机跟行人抢道这是世界上最昭彰的恶行，可是有的城市偏偏在人行横道上行人横行问题上显得无计可施。

因此很多人看到中国城市的道路不断地拓宽。道路窄的时候，交通混乱限于窄的道路。道路拓宽了，交通混乱延伸到宽的道路。道路越来越宽，混乱也变得越来越严重。因为混乱的机会变多了，混乱的空间变大了。因为混乱，不实用，不便利，就不是实质的美，而是实质的丑。把实质丑的东西当成实质美的，那就是精神的扭曲。因为精神扭曲了，散发出来的就是一种颠倒的价值。

但是把一个十字路变成 16 个十字路，被视为工程师对于就业的贡献。原来这个十字路只能让一组执勤人员上班，现在则堂而皇之的有了四组人员执勤，每个人的权力还更大了一些，即他们每一组要管辖四个小的交叉路口。不仅解决了就业，而且扩大了权力，当然是工程师的贡献。因此，一个憋足的工程师，一个

憋足的工程，在某些人的眼里还是优秀的。不仅有了名，而且有了利，还有了辉煌的前途。立交桥被美其名曰“彩虹飞架”，飞架是飞架了，却也是架在市民身上的沉重的财政负担和难以排遣的心理负担。

中国人为了把原本不是方方正正的道路改造成方方正正，需要大量拆迁居民，不仅成本很高，而且经常有违反居民意志和利益的事情发生。有的居民为了固守祖先留下的住宅，不惜让警察把自己强之驱逐出自己的家园，让铲车把自己的家园夷为平地。他自己根本没有力量和权利保护自己的家园。

美利坚合众国纽约市寸土如金。中国人都说纽约市中心是黄金地段。可是就在纽约市中心，依然有低矮、破旧的市民住宅或者店铺。任何人都不能用强力把市民从自己的土地上赶走。你用我的地，是你的要约；至于我卖不卖，需要我的承诺。不管你是谁，没有我的承诺，你休想把我赶跑，把我的家园破坏。

市民的权利得到 100%的尊重。这里不干警察的事，也不干铲车的事。警察的存在是为了维护权利，铲车的存在是为了市民的福祉。

说到黄金地段，中国人认为有山或者有水，又在城市中心或者离城区较近，可以开发成旅游度假村。这些地方虽然不是寸土如金，但是有可能日进斗金，所以往往被有钱有势的人霸占。

日本人多地少，论理说他们的海岸应当是被“开发”完了。其实不然。他们对于自然的态度远远没有中国人这么粗野。在日本的时候，我住在一个百万人口的城市，住处离海滨只有几百米。还有比我的住处离海滨的距离更近的住宅。但是那个海滨却

并没有被“开发”，依然是天然的沙滩，海鸟浮游、盘旋，又有飞鱼常常越出水面。我天天能够饱览潮涨潮落的景象，而一分钱不用花。相形之下，中国的那些被“开发”掉的自然风光，与其说是开发，不如说是被掠夺和破坏了。

为了建设所谓的经济开发区，形成了现代化的圈地运动。英国近代资本家圈地，是为了生产，让这些土地往出长黄金白银。中国现代资本家圈地，是为了等待土地的升值，这些土地现在只是年复一年、日复一日地撂荒。一个需要用地 100 亩的老板，圈起 1,000 亩甚至 10,000 亩的良田。这样的例子不是耸人听闻。

中文的开发这个概念已经变得面目全非了。开发简直就是权利和权利的斗争。黄金地段的开发、旅游景点的开发、圈地和住宅开发，无不如此。

日本人、芬兰人都比较富有。有的人家建别墅，当然可以自己设计成独特的风格。但是盖高层公寓，往往是拿钥匙就可以住。每家每户的房间都是标准装修，不仅门窗是标准的，就连抽水马桶都是标准的。为了体现自我，住户可以自己装饰——注意，不是装修。

中国人中的普通老百姓没有多少钱。现在的状况，不管是福利分房还是自己买房，开发商往往是给用户留下所谓的毛地面，也没有水池和抽水马桶。宣扬什么呢？宣扬住户可以按照自己的喜好装修。殊不知，这些老百姓一没有多少钱，二没有多少精力，三没有多少心情，四没有多少必要，去拿数量有限的血汗钱搞“装修”。修则修矣，根本就不是个性，也不是时尚，倒是可

以说是劳民伤财。

有的贪官污吏、富商巨贾花数以百万、千万元计的资金建起“豪宅”，那才叫气派，那才有个性。一个穷老百姓扛着几千元、三、五万元的血汗钱，拖着疲惫的身躯，钻到一个鸽子窝里，摸爬滚打，那是在“装修”还是在自戕？“豪宅”的主人们往往就是这个闹剧的始作俑者，他们生造了这种“时尚”，编造了所谓“个性”的神话，给老百姓留下毛地面和没有抽水马桶的下水道，让这些蒙在鼓里的人们演出自我折磨的悲剧和闹剧。

这场闹剧，不也是另外一种形式的精神的扭曲？

法学的歧路

The Crossroad of Law

为了写这个题目，我思考了很久。写的缘起，是看了一篇文章，题目是《看不懂的法学论文》。那篇文章提出一个非常沉重的课题。在这篇文章的基础上，我想再画龙点睛一下，就成了我这个题目。为文就是为了让别人看，而且让人懂，还要让人有同感。我看了该文，略有所悟，有同感，还希望更多的人明白同样的道理，所以就把题目定得更加尖锐一些。尖锐似乎是没有深度和涵养的表现。但是批评不能让人看了不懂。要不就成了“看不懂的法学批评”。总而言之，题目定得很明确。

法学论文（还应当包括论著）为什么让人看不懂？专家看了不懂，学生看了不懂，普通老百姓看了就更不懂了，这样的法学论文究竟是怎么写出来的？怎么发出来的？

看不懂的原因有很多，这里不去穷尽列举。有一条就是抄袭哲学。动不动就这个哲学、那个哲学。读一本中国的法哲学的书，就会发现整体上不是什么法哲学，而就是哲学。自苏格拉底等人起，至哈特等人终。这法哲学如此，那法哲学也如此。并不是说哲学者都是万能的，而是中国的法学者把他们加以神化。

我学刑法的，可读的书很多，其中比较小的一种，就是贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》，读了它，发现行文很浅显——高深的道理包含在浅显的行文中。如果把《论犯罪与刑罚》分发给普通老百姓，也不会有多少人读不懂。但是如果看一篇对于《论犯罪与刑罚》加以注解和评论的现代中国人的论文，那就保不准有几个人能明明白白了。我不是经常有条件读中文版的《法的经济分析》、《法的概念》、《法的帝国》等等，很多时候都是去找英文版读。资质鲁顿，读了也没有消化，更没有创造，只是读而已。但是读的时候确实能懂一些。如果是中文的，并且译得确切，当然会懂更多。不过，我从网上看了一些中国学者写的关于一些法学新学科的文章，就觉得对于这些学问的诠释也犯了把它们神化、玄化的毛病。包括我自己，算不上什么“家”，但是也不停地琢磨着怎么样弄点“哲学”，以便使自己显得比较“玄”。

看了我的这些文字后，读者可以去尝试找到市面上的法哲学著作来看，翻翻是不是有抄袭整个哲学史的倾向。对比一个现象，对这个问题就更清楚了。外国的学者，能弄通马克思主义的，寥寥无几。甚至他们也不知道自然法理论如何展开、资本主义怎样面目。而中国学者，能把马克思主义原理背得滚瓜烂熟，讲得头头是道，用得得心应手。马克思主义是哲学啊。我们的高中生就学了哲学了。而西方的学者到退休、到入土为安，不知道哲学为何物的，占绝大多数。这样看来，我们的学者在哲学领域，高人一筹。

在高人一筹的同时，这些学者不是在用自己所掌握的马克思主义来建筑法哲学体系，而是广泛地抄袭自己也并不精通的非马

克思主义的哲学者的理论来作为自己论著的材料。法学逐渐演变为哲学的农贸市场，有绿色食品，也有白色食品、红色食品、黄色食品、黑色食品……摆成一个系列，然后当作自己的加以贩卖。贩卖商品可以不求甚解，也没有什么忌讳。学术不是商品，做学问也不是烹调中国式的大烩菜；拿来就放进“七烧锅”（这是一种很大的锅）里，是不行的。

有一个非常显著的现象，那就是中国的法学批评和法学评论能够走向世界，而中国的地地道道的法学，却得不到国际上的认同。那些长篇累牍的法哲学方面的著作，在中国似乎有惊世骇俗的力量，但是在国际学术界却如石沉大海。这就值得学者们认真地反思了。

我们的学者却顾不得反思这些。反思的尽是如何打倒竞争的对手。有的剽窃的大家，依靠几百篇的文章、几百本的著作、几百万、几千万字的“成果”能够取得权威的学术地位，没有人能够摇撼这样的大树；有的标新立异的大家，著述虽少，其成果却无人能懂，读书人不懂，出版书的人也根本不懂；中国人不懂，外国人也不懂；就这样也成了法哲学的权威……

不为人所懂，当然也就不为人所用。没有用，不管是器物还是人物，那不就成了摆设和累赘？好在中国虽然是个讲就唯“物”主义的社会，没有用的人却也涵养得，为了他的精神作用，号称为专心“做学问的”人。学问也有实有虚，务虚的东西和“唯物”主义是格格不入的。我们还是不明白这些人为什么也能在学术的排队里面占据着宝贵的位置。

现在有人居然还从正面提出法学家个人崇拜，而且仅仅有味

地讲他崇拜张三，他崇拜李四。苏格拉底、柏拉图等人在西方学界影响了几千年，都没有被崇拜的份儿，否则他们最有资格当法学的“神”了。然而他们并没有成为神。21 世纪了，这些法学生，竟然要在法学界进行造神运动，要确立权威，要分类排队。因此现实逼迫我们不得不去考证，西方人采用了数字，应该是基数，是用以科学计算；东方人采用了数字，应该是序数，却只有划分三六九等的功能。

因此，从文字上面来说，我们看不懂法学论文；从人物上面来说，我们看不懂法学队伍；从机会上面来说，我们看不懂法学刊物；从活动方面来说，我们看不懂法学教育。甚至因为自己也经常同流合污，那根本就是看不懂自己。

（2003 年 7 月 17 日星期四）

文化拆毁运动

Movement of Cultural Destruction

中国的拆毁自古以来都是举世闻名的。不仅古代政权交替的时候有大规模的放火和破坏，而且在和平发展时期也有令人触目惊心的拆毁活动。在和平时期，不仅社会运动会针对古旧建筑，经济高速成长时就连新建筑也不放过。中国人的拆毁活动也影响了欧洲人，他们本来对于已经存在的建筑很爱惜，从来不乱拆，来中国便放火烧掉圆明园。我怀疑这些侵略者从中国文化中习得了拆毁的乐趣吧。

不过，欧洲现在没有这样毫无理性的拆毁过程。欧洲人的住宅都是中国“富豪”所称的“洋房”。其实都是从中国那样的平房茅屋演变而来。每每看到一座富丽堂皇的洋房，旁边却保留着他们的祖先留下的旧建筑。旧的没有拆，新的却建起来了。也没有人觉得不相称。旧的自有旧的用途，较好的仍然可以居住，较差的可以作为仓库，最差的立在那里也可以作为历史遗迹。居住条件改善了，水电，卫生设施和网络也都进入新的或者旧的住宅。欧洲人的城市没有一座显得很夸张似得富丽堂皇。高楼大厦背后往往还有很多古老的低矮建筑，街道上还铺满中世纪的石板 and 石

块。想起来，在中国古代文明兴盛的时候，许多欧洲人还在过着茹毛饮血的生活。可是中国人却很善于毁掉过去，让人看不到过去五千年的文明，给人的印象是中国文化是突然冒出来的。为什么欧洲总是不相信中国有古代文明，就是因为我们的历代祖先亲手把它毁掉了，而现代人毁灭它毁灭得更快。

我到希腊雅典参加一个国际学术会议，休息时在拥挤的小院里走动观瞧。会议主办方的负责人不失时机地给我介绍，说墙角那儿那个水龙头，是青铜做的，有一二百年的历史了，现在还能使用。他打开后真得流出水来，说是这是浇花用的。那真的是个不起眼的墙角，和一个不起眼的水龙头。希腊的历史不比中国逊色，但是这个水龙头算不上希腊的国宝。可是他们对于历史遗产的爱惜，让我不堪回首。

八十年代初，中国的高等刚刚恢复，各地大学校园里遍布着俄罗斯风格的楼房。规模扩张的需要，使得大学的决策者们纷纷借助原有的建筑加高一二层，作为教学和办公用。那时我们觉得这种改造已经考虑了旧建筑的价值。现在，加高的说法已经不存在了，动辄拆毁。甚至大学校园整体搬迁，大型工厂异地搬迁，浪费简直不能用惊人一词描述。世界上的语言真的表达不出这种极端的奢侈。中国应该是遍地都存在有着一二百年，甚至一二千年历史的东西，但是它们在哪儿呢？中国的许多城市都因为“城区改造”这个和极左路线的“思想改造”一样难以理解的运动而毁灭了：历史没有了，“现代化”的空洞框架背后隐藏着投机商人的利欲熏心，腐败官员的愚昧冥顽，人民群众的无可奈何，以及有识之士的扼腕痛惜。在毁灭之后，不少地方蜂拥而上又开始拆毁

新建筑，恢复老城区，在本没有庙的地方盖庙，在已经毁灭了两三代的街道上搞仿古建筑。更有甚者，在一个本来不大的各民族融和居住的城市搞起这个民族街，那个民族街，为民族主义和民族隔阂制造物质上和心理上的条件。

有个大城市，有一条古老的大街，大街上有一座古老的寺庙。大街要被“改造”了，寺庙不能不改，一拆了之。拆了又觉得可惜，就把它翻盖在原址建起的高楼上面。这就是中国典型的文物保护方略。试问，这座庙还有原来的文物价值吗？原来的壁画，经过拍照的重绘，已经没有人承认它有什么历史了。你如果在世人面前说，我们这座庙有几百几千年的历史，那是典型的造假蒙骗。连文物都能造假蒙骗，中国人还有什么不能骗人的？由此联想到，中国文化从古至今是不是全是骗人的啊？

日本有个历史学家自己到处埋藏石头，然后挖出来，为日本民族伪造历史。中华民族的历史本来是举世公认的，但是太多的伪造也会令人生疑。拆毁是彻底毁灭了，你就告诉人家说我们自我毁灭了。人们对于坦率的实话都能理解。然而重建的东西，都是骗人的把戏。中国却盛行这样的把戏。

长城很长，也很古老，世界唯一。长城也很破，是时间让它破败的。各地兴起重修长城热，说长城不能毁，今人要为后人着想，让后人看长城。其实，长城这才被真正地毁掉了。你这是二十世纪的长城，愚蠢的政客和商人所伪造。长城这个现象，迟早会荡然无存，也许几千年，也许几万年。但是它代表历史，它永远不可能被政客和商人所重建。长城不是一件家具，破了可以修理，修理了可以再用。长城是一件破了就没有再修可能的东

西，修理长城和毁掉它是一样的。长城不需要修，长城不去把它人为毁掉就足够了。它在自然中被风化和坍塌，就是它的历史和命运。当然，适度地维护和保护长城是文物工作的应有之义。

富人之富，大多来之不易，因此都很爱惜自己的财产。中国本不富有，却到处显出对于财富的不屑一顾，拆毁就是其标志。拆毁和改造的过程，暗藏着财富的巨大浪费。八十年代，各城市的郊区盛行设立经济开发区，许多大小公司甚至皮包公司大兴圈地运动，他们的投资就是用于建造一道围墙，里面却是荒芜的农田，等待土地增值再高价倒卖。其名，这些地方本来是要划出土地来建立基础设施，再招商引资的。其实，这些地方的土地都成了二道贩子三道贩子待价而沽的筹码。

开发区被“开发”和“炒卖”了，大量农田变成了荒地。老城区被“改造”了，高楼大厦拔地而起，政府官员的办公环境，巨商富贾的经营环境都比发达国家还要舒适。与此相对照，贫困落后地区，基础设施，用水用电都还成问题。校舍和农舍还处处存在危房。没有饱饭吃的家庭，没有学上的孩子还到处都存在。被开发被改造的土地和建筑群的价值本来可以用来养活很多人。现在却接连被一炮炸毁，一铲推平。浪费的钱财，不管是谁付款，其实都是整个国家在买单，整个国家在把钱一把一把地扔到城市，特别是所谓的大城市，中心城市。而农村建设远远没有得到应有的重视，农民生活远远没有得到应有的改善，农业远远没有被当作一种经济进行投资。大家不时惊呼，贫富差别扩大了。因为你把城市当作王子，你把农村当作贫儿，你给王子建筑金碧辉煌的宫殿，给他灯红酒绿的生活，而连一个子儿也不愿意施舍给贫儿，

你看到的当然是两个截然不同的景象。

政府现在已经很重视农村问题了。但是城市里发生的浪费，在很大程度上限制了政府对于农村重视的基础。大把大把的钱扔到城市以后，可以投入到农村的钱就减少了。另外，农村现在也存在类似城市里拆毁的问题。农村建设也总是拆就盖新，而不是统筹兼顾，综合利用。这里面有一个中饱私囊的问题。国家浪费的越多，资金周转就越多，奸商和贪官就赚得越多。奸商和贪官总是不愿意对付着利用给国家节约。况且，拆毁本身就是一个可以大把赚钱而没有人刻意监督的肥差，可以说相当于死无对证那种。

谁也不愿意相信，县城的贪官和农村的贪官比城市更甚。农村出身而在县城做官的，比谁都风光。有一个贫困县，县里有个财政局长，是从一个贫困村里来的，是个文盲，而且是八十年代的抢劫犯，依仗他当大官的亲戚而鸡犬升天。发迹后，犯罪历史被一抹而尽。现在有一笔扶贫款需要花，当然最好花在本村里。结果，就在原来的村里为自己建起了宽大的四合院。在建房的过程中，要挟当地农民进贡财物。局长不时地去监工。一位农民给他运去建材，不知“天高地厚”，要跟局长要工钱，局长大人说：“给你个 XX！”两个耳光下去，这工钱也不能要了。局长大人说：“你给老爷我买两瓶好酒，不下五十块一瓶。要不给老爷买，今天老爷给你喝一壶尿。”后来这农民只好乖乖地去买了两瓶酒，老老实实在地溜了。

就这样，农村很多地方本身条件很差，发展不平衡，加上地方官员在农村建设中的层层盘剥，已经不再适合有提高生活水平

欲望的人居住了。如果大家觉得在城里打工甚至流浪也比在农村更好，那么农村就没有多少人愿意留下来了。这好像是一个自然的逻辑。其实不然。

发达国家所谓的城市化，并非把城市挤爆，而把农村废弃。城市化是整个国家城市化，城市自不待言，农村也城市化了：水电设施齐全，交通通畅，住宅宽敞舒适，教育文化设施齐全，幼有所育，老有所养，一般人能有工做，有钱赚，有事业。这才是城市化的应有之义。农村不仅要大量投资进行建设，而且也要和城市一样能够保障人民的应有权利。官吏不是刀俎，农民也不是鱼肉，才能从整体上建成和谐社会。如果只有极少数城市富比天堂，而大多数农村惨不忍睹，大多数农民噤若寒蝉，那么，中国不仅没有了历史，连现在和未来也不会有了。看到中国出现当代贪官恶霸剥夺农民土地的案例，想到这是必然趋势。不仅农民的土地被剥夺了无处申冤，性命也难保无虞。

现在，中国到处处在拆毁运动的风口浪尖上，每年拆毁的规模按照一座北京城算，并不过分。如果不拆，不浪费，在相邻的农村可以搞多少新的建设，是可以规划出来的。

认识腐败的规律

Recognizing the Rule of Corruption

当代中国国力大幅提升，社会的公开化、透明度大大增加，政府和人民对于腐败的认识日渐提高。腐败已经不是中国社会政治的禁忌语。政府不再谈腐色变，甚至主动防腐反腐，已经有多年的历史。政府代表人民，反腐也说明是顺应民意之举。

但是，不管是政府还是人民，对于腐败现象的认识必须有一个清醒的头脑。

首先，腐败的养成，是出于人类贪欲自然的冲动，其形成有不可避免的趋势。只要有人的地方，绝对不腐败的地方是没有的。即使世界上最清廉的国家，如芬兰，也出现个别政府高官收受贿赂，为他人谋取私利的犯罪案件。只不过，这种案例相比之下少而又少。中国的腐败现象，当然属于比较严重，说明中国人当中抵御贪欲的冲动能力较弱的比例比较大。特别是掌握权力的官员们中间，很多人没有抵御贪欲的能力，反而有很强以权谋私的冲动。这样一来，腐败现象已经相当普遍。这和社会风气的变化是相符相承的。一身正气、两袖清风已经成为汉语当中最具贬

义的词汇。清廉等于最恶毒的国骂。这个时候，反腐败是不可能一蹴而就的，只能慢慢来，和风细雨。事实证明，急风暴雨式的反腐败过后腐败还是要反弹的。腐败反弹的时候，甚至反腐败的人也会被清算。

根据人类贪欲的规律，反腐败是不能一棍子打死式地进行的。腐败分子就像一匹狼。他吃饱了喝足了，不会随便冒着被人反抗的风险去吃人的，而且这片地上他容不得别的狼来侵犯。如果你把这匹吃饱了喝足了了的狼打跑了，那匹饥寒交迫的狼来了，会怎么样？吃人，即使风险很大也要吃。所以，萨达姆也好，卡扎菲也好，穆巴拉克也好，虽然他们在位的末期，被很多人反对，可是他们下台了，继位的人并不能把国家治理得更好，只不过是赶走了一个已经得利的利益集团，换来了一个还没有得利的利益集团而已。

所以，一刀切、一窝蜂地反腐败，不是最好的选项。腐败而且稳定，是政治中处于中位的选项。腐败而动荡，清廉而动荡，那都不是人们所希望的。从腐败而稳定到清廉而稳定，需要一个漫长的过程，中间决不能动荡。因为大动荡的结果可能是全体人民变得一无所有。

其次，腐败的养成也有被害情结的作祟。很多人是腐败的被害人，包括很大比例的官员，也都是花了大价钱才攀爬而上。由于中国文化的特色，人情礼往从民间一直渗透到商务、政治，借此敛财和巴结成为最佳搭配的互动关系。结果，一个人从出生到死亡，从成长到事业，没有一个瞬间能够不向腐败低头。只能不屈不挠地去顺从，不能不屈不挠地去抵制。很多人不是因为清

廉、很正派而不合群了吗？求生的本能促使每个人去迎合、去奉承，这样才能使自己这一生得到的利益最大化。

在一个腐败的环境下，每个人利益最大化的结果是养成了一个更加腐败的环境。为了更大的利益，就需要更大的投资。为了超越别人，就需要超越别人的投资。大家起早贪黑、争先恐后地去行贿，比大家起早贪黑、争先恐后地去劳作更有效，那谁还再傻乎乎地去清廉、去劳作呢？

腐败的养成，有很大的原因在于腐败的受害者转过来为腐败者烧香磕头。既得利益的腐败分子在正派人面前就是一匹饿狼，为他烧香磕头了，他就变成一头绵羊了。

那么，反腐败又要求我们全民动员，群起反腐才能奏效。百分之五十的人反腐败，另外百分之五十的人搞腐败，那财富和利益就从这百分之五十流到另外百分之五十了。这百分之五十就更差了。所以，必须有高比例的人一起反腐败，腐败才无立足之地。反腐败的难处就在于，既要大家一起反腐败，又不能造成社会动荡，这需要很大的智慧，也需要法律、政策的持续配合。

第三，加强对于暗藏的潜在的腐败者的有针对性的教育。江山易改，禀性难移。但是，禀性是可以一点一滴去修正的。他们不是牛鬼蛇神，他们也是人，甚至在今天的社会，他们被视为比两袖清风、不讲情面的人更正常的人。通过委婉的和疏导式的教育，他们控制贪欲的能力是可以有所提高的。一旦到达权利的高位，他们是会和腐败告别的。这个良好的愿望，大家必须要有，也必须促成。

这就涉及对于腐败的轻度容忍，容许一个过程，在这个过程

中看到变化，人性的变化。但是必须有人去做一定的努力，有政府公权力的参与，去求得腐败者的良心发现。

醉驾入罪的思考

Thinking about Incrimination of Drunk Driving

醉酒驾车入罪的立法刚刚生效，全国上下热火朝天地开始实施，各地不时传来查获醉驾司机的消息。中国人多，车多，行路难，事故多，伤亡多，这次好不容易才盼来一部立法，对于此种行为严加惩处。这个立法，是中国立法尊重科学，与国际接轨的一个典范。这种立法在全世界的文明国家都有。这绝对不是一条毫无根据的立法。你可以争论任何立法，唯有这一条你是不需要讨论的。你要变通，交通安全就没有了。

我所在的这个欧洲大学的法学院有一位刑法学教授，第一次开车被抓到酒精超标，受到处罚。前年，第二次又被抓到超标，就被定罪了，判处社区服务若干天。而且，教授当然就当不成了。肇事了吗？没有。但是存在肇事的危险性。刑法惩罚具有危险性的不法行为，这是现代刑法发展的趋势之一。人在醉酒以后行为就会失控，这是科学和经验都证明了的。

一直以来，中国刑法的定罪都要讲究标准，达不到标准就不能定罪。你比如一个人盗窃了几块钱几十块钱，都被视为情节显

著轻微危害不大不认为是犯罪。而到了一定数额，突然就变成了犯罪。犯罪和不犯罪之间，在数量上喀喳一下就切齐了。天堂地狱就差一块钱。其他犯罪也都一样。灵活性大于原则性。警官，检察官，法官个人好恶甚至社会舆论都会影响定罪量刑。叫法庭审判不准确，其实是全民审判，包括媒体审判。事实证明，舆论审判和媒体审判经常可能致使法庭审判造成冤假错案。据说“我爸是李刚”案不也发现不实之处了吗。

前几天，看到一篇报道，说某监狱有一名服刑犯人，罪名是流氓罪。大家都说，流氓罪在 1997 年修改刑法时就被“废除”了，该犯人应当减刑或者改判。殊不知，生效判决不能因为法律修改而变更。另外，认为流氓罪被废除了也是极大误解。罪名是不存在了，但是其所包含的几项行为却分离为几个不同的罪名，比如寻衅滋事罪，聚众斗殴罪，强制猥亵侮辱妇女罪，聚众淫乱罪等。这名犯人当年的行为现在看来仍然符合刑法规定的犯罪。这些违背常识的误导性的报道，是对中国公民还不稳固的法律意识的腐蚀和瓦解。

醉酒驾车入罪一旦有了画蛇添足的标准，那立法原意就肯定没有了，开始有醉酒驾车不为罪的情况出现，也就有为醉酒驾车开脱罪责的种种理由了。就像我二十年前京城的一位同窗受贿一万就被定罪，而现实中受贿百十来万也不当回事的情况却更常见。可以想见，一旦有了醉酒驾车定罪的“标准”，醉酒驾车了也不为罪的事情就会盛行起来，这条立法就会成为大家嘲笑的对象。

腐败的渗透

The Infiltration of Corruption

当代中国国力大幅提升，社会的公开化、透明度大大增加，政府和人民对于腐败的认识日渐提高。腐败已经不是中国社会政治的禁忌语。政府不再谈腐色变，甚至主动防腐反腐，已经有多年的历史。政府代表人民，反腐也说明是顺应民意之举。

但是，不管是政府还是人民，对于腐败现象的认识必须有一个清醒的头脑。

首先，腐败的养成，是出于人类贪欲自然的冲动，其形成有不可避免的趋势。只要有人的地方，绝对不腐败的地方是没有的。即使世界上最清廉的国家，也出现个别政府高官收受贿赂，为他人谋取私利的犯罪案件。只不过，这种案例相比之下少而又少。中国的腐败现象，当然 属于比较严重，说明中国人当中抵御贪欲的冲动能力较弱的比例比较大。特别是掌握权力的官员们中间，很多人没有抵御贪欲的能力，反而有很强以权谋私的冲动。这样一来，腐败现象已经相当普遍。这和社会风气的变化

是相符相承的。一身正气、两袖清风已经成为汉语当中最具贬义的词汇。清廉等于最恶毒的国骂。这个时候，反腐败是不可能一蹴而就的，只能慢慢来，和风细雨。事实证明，急风暴雨式的反腐败过后腐败还是要反弹的。腐败反弹的时候，甚至反腐败的人也会被清算。

根据人类贪欲的规律，反腐败是不能一棍子打死式地进行的。腐败分子就像一匹狼。他吃饱了喝足了，不会随便冒着被人反抗的风险去吃人的，而且这片地上他容不得别的狼来侵犯。如果你把这匹吃饱了喝足了狼打跑了，那匹饥寒交迫的狼来了，会怎么样？吃人，即使风险很大也要吃。所以，萨达姆也好，卡扎菲也好，穆巴拉克也好，虽然他们在位的末期，被很多人反对，可是他们下台了，继位的人并不能把国家治理得更好，只不过是赶走了一个已经得利的利益集团，换来了一个还没有得利的利益集团而已。

所以，一刀切、一窝蜂地反腐败，不是最好的选项。腐败而且稳定，是政治中处于中位的选项。腐败而动荡，清廉而动荡，那都不是人们所希望的。从腐败而稳定到清廉而稳定，需要一个漫长的过程，中间决不能动荡。因为大动荡的结果可能是全体人民变得一无所有。

其次，腐败的养成也有被害情结的作祟。很多人是腐败的被害人，包括很大比例的官员，也都是花了大价钱才攀爬而上。由于中国文化的特色，人情礼往从民间一直渗透到商务、政治，借此敛财和巴结成为最佳搭配的互动关系。结果，一个人从出生到死亡，从成长到事业，没有一个瞬间能够不向腐败低头。只能

不屈不挠地去顺从，不能不屈不挠地去抵制。很多人不是因为清廉、很正派而不合群了吗？求生的本能促使每个人去迎合、去奉承，这样才能使自己这一生得到的利益最大化。

在一个腐败的环境下，每个人利益最大化的结果是养成了一个更加腐败的环境。为了更大的利益，就需要更大的投资。为了超越别人，就需要超越别人的投资。大家起早贪黑、争先恐后地去行贿，比大家起早贪黑、争先恐后地去劳作更有效，那谁还再傻乎乎地去清廉、去劳作呢？

腐败的养成，有很大的原因在于腐败的受害者转过来为腐败者烧香磕头。既得利益的腐败分子在正派人面前就是一匹饿狼，为他烧香磕头了，他就变成一头绵羊了。

那么，反腐败又要求我们全民动员，群起反腐才能奏效。百分之五十的人反腐败，另外百分之五十的人搞腐败，那财富和利益就从这百分之五十流到另外百分之五十了。这百分之五十就更差了。所以，必须有高比例的人一起反腐败，腐败才无立足之地。反腐败的难处就在于，既要大家一起反腐败，又不能造成社会动荡，这需要很大的智慧，也需要法律、政策的持续配合。

第三，加强对于暗藏的潜在的腐败者的有针对性的教育。江山易改，禀性难移。但是，禀性是可以一点一滴去修正的。他们不是牛鬼蛇神，他们也是人，甚至在今天的社会，他们被视为比两袖清风、不讲情面的人更正常的人。通过委婉的和疏导式的教育，他们控制贪欲的能力是可以有所提高的。一旦到达权利的高位，他们是会和腐败告别的。这个良好的愿望，大家必须要有，也必须促成。

这就涉及对于腐败的轻度容忍，容许一个过程，在这个过程中看到变化，人性的变化。但是必须有人去做一定的努力，有政府公权力的参与，去求得腐败者的良心发现。中国人常说是可忍，孰不可忍；忍无可忍，不能再忍。但是这些都忍得，而且都忍过来了不是。

第四，纵观世界各国，腐败很容易渗透到社会的上上下下每个层级，形成普遍的腐败态势。整个社会的腐败分子很容易盘根错节，打成一片，抱成一团。制度化反腐、体制内反腐难上加难，很难奏效。一刀切反腐并不能根除腐败，反而会引起动荡、反弹或者既得利益的非制度化转移，使清正廉洁的努力前工尽弃。这样反腐反而效果不好。

那么反腐的起点，就是边缘化的反腐，反制度边缘的腐败分子，比如那些被网络上揭露的名表门、名烟门、艳照门、拼爹们、“我爸是局长”门等等丑闻里面的涉案分子，还有就是倒台贪官周边的腐败分子。顺应潮流，能揪出一个算一个。

一般而言，制度边缘的腐败分子，一旦被公开揭露，就不再为体制所容纳，那就倒定了。这样的反腐是最有效的。但是也必须掌握一定的尺度和技巧。申诉那种方法是效率很低的，有时候纯粹是浪费生命。因为我们可以看到，任何一个国家，都不可能处理所有的民间和地方官员之间纠葛。有的事件太微小了，有的是非还不确定，有的当事人力量太悬殊了，如此种种，使申诉没有结果。但是我绝不是反对人们去申诉，而是认为采用这种方法在反腐方面效率不高，浪费申诉人自己的精力。

第五，反腐败必须注重方式方法。贪官也有优劣之分。不逃

的贪官是比较好的贪官，出逃的贪官是比较坏的贪官。应当区别对待。反腐败，抓贪官不是一句口号。雷声大雨点小，贪官早就闻风而逃了。党、国家和人民的一项重任，就是把贪官留住、稳住，不要让贪官给跑了。小贪官不能跑，大贪官更不能跑。他们在中国，财富就在中国。他们跑了，才是中国真正的损失。

贪官跑了不要紧，贪官带跑的资产是中国的最大的损失。很多贪官都青睐小的岛国。像帕劳这样的国家，如果每年接待有一个10亿美元身家的中国贪官（或者10个1亿身家，100个1000万美元身家），就等于拉动其GDP增长五六倍。也就是说，只要有这一个贪官的钱，帕劳全国人民即使全体坐享其成、不劳而获五六年，仍能保持其现有的生活水平。

贪官不仅会把钱带跑，把中国拉穷，还会使别国变富，使中国的比较国力下降。那么多贪官都给跑出去的话，周边国家都富了，惟有中国人，都成了喜儿和杨白劳。所以，需要尽快制定贪官鉴别办法，爱国还是卖国，出逃还是不讨，区别对待。对于选择财富留在中国，坚持肥水不留外人田的贪官，首先给以一定的姿态。像那种坐拥数十座大楼的房祖宗，如果还没有办法查处的话，还是先破格、突击提拔起来的好，以免把房子卖了，把钱转走了。

第六，腐败的产生有众多原因。人们容易谈论宏观的原因，比如法律的漏洞、制度的缺失、监督的匮乏、社会的流弊等等。人们也容易给治理腐败开大药方，就像中国式的西医院成天给人打针输液一样。人们会问，难道生病还不打针输液不成？是的，动辄打针输液绝对是中国特色的医疗模式。西方的医院（真正的

西医院)很少打针输液的,只是常规用药,包括口服、喷雾、贴膏药、滴眼药水等等。最典型的例子,儿童肺炎了,医生开的处方,中国人绝大多数认为是天方夜谭。医生光开青霉素,一日三次,连服七天,也就是三七二十一片,别无他物。一是他这个药管用,二是他这个医疗体系当中几乎没有私利。治病救人和病人以外的人的私利结合起来了,那病治不好,钱却花不少。医疗体系就腐败了。

举这个例子还想说明,中国的法律、制度、监督,甚至伦理道德还不够完善吗?不是不完善,而是在法律面前、在制度面前、在监督面前,每个个人的公益心没有了,私欲却都很强烈。那每个个人都想机会捞一大把,再完善的制度也难免被人利用。所以,小处着手,教育、警示每一个身在其位的人,严惩每一个逾越红线的人,整个社会才能扭转过来。

节操的沦丧

Decay of Moral Integration

中国当代的很多社会问题，都和人的节操、人的节操观有关。在一个节操尽失的时候谈论节操，没有什么读者了。

中国人都知道自己所处的，为几千年的文明古国。儒家思想，我们虽不奉为宗教，但是对我们的精神生活影响很大。伦理道德的系统化应当是世界上比较早的，比较成熟的。男有男的规矩，女有女的规矩；少有少的规矩，老有老的规矩；民有民的规矩，官有官的规矩；等等。可就是这样一个规矩比较多的地方，却也盛产汉奸、小姐、造假、骗术，以及其他种种不正之风。由于一部分人的操守问题，导致全世界华人耗费很多精力去赢回“厚道”这一本来天然的印象。

说起二十一世纪，大事小事一大把。跟国人节操有关的，就有很多。普通公民热议黄灯法则。本来这只是一个技术问题，不是一个法律问题：红灯停，绿灯行，黄灯缓。黄灯就是为了在红绿灯之间有一个缓冲的时间。在中国，长期以来这却成为一个人的操守问题。但是伦理道德也解决不了了，只好上升为法

律。我完全支持这条法律。但是这条法律是在全世界人面前，对于中国人素质的拷问和鞭挞。不仅拷问了坏人，也拷问了好人。

为什么黄灯罚则是合理的呢？这要看中国交通方面以及其他方面的国情：

一、中国人不分阶级了，但是等级还是有的。赶马车的优于步行的，开拖拉机的优于赶马车的，开卡车的优于开拖拉机的，开小车的优于开卡车的。开小车的，几十年来就出于交通秩序中的优越位置。以至于 20 世纪 90 年代末，大连街头竖起的标牌大意是“行人随意过马路，撞死白撞”，把汽车这种工具神化为可以随意杀人越货的尤物。为什么一个好端端的中国人，一开上汽车就变得像跑在日本人鞍前马后的汉奸一样了昵？这就是汽车的力量。汽车就能使人把自己神化、奸化。从过去几十年小汽车上坐的人的地位，能够推演出今天坐在它上面的人的心态。这类人的节操，可见一斑。

二、一个民族在红绿灯面前的态度是有差异的。很多民族比较原始，红灯停，绿灯行，见了黄灯赶紧刹车，路况好可以小心通过，路况不好就刹了。国人比较灵活，有的人还比较奸诈，绿灯行，红灯也行，黄灯就狠冲一下，叫“闪”过去。这一闪之间，暴露了司机的底细，原来也就是个走在日本人前面的汉奸而已。而他的主子，连人都不是，只是个汽车。伦理道德、乡规民约、法律制度无一不是社会的红绿灯，就是有人勇于闯、善于闯、闯得很科学。

三、法律永远有可改进的余地。以后黄灯罚则可能会改，但

是眼下应予执行。罚则一出，引起很多人叫板。甚至有人用惯性原理证明。殊不知，惯性原理却证明不了司机的节操。古人讲，仓廩实而是礼节。今天看来，这是高估了后世中国人的节操了。今天人们富了，强了，有文化了，但是节操被富强得普遍更差了。这离法律最近的规矩都不能接受，还能声讨什么风气日下呢？

节操是个很大的话题。但是围绕这个黄灯罚则出现的世间百态，从一个侧面反映了节操沦丧的真面目。

前几年还有一个类似的话题，即酒驾罚则。酒驾显然危害更大，所以在法律上认识得稍早。在此之前，酒驾是普遍的，而且是自由放任的，受法律“保护”的。某个城市的一个酒驾司机，一次就撞翻排队过马路的小学生十几人，其中死亡六七人。当时的法律是很盲目的，所以司机只是交通肇事罪，又是领导司机，没判几年刑就出来了。以醉酒的名义，可以集体屠杀，而且只受轻微的惩罚。人们都这样习以为常了，凡事都有挡箭牌，都有假面具。就像妓女的粉底霜，公权私用的执法人员的大檐帽，以人民或者国家喉舌自居的不良个别媒体，凡此种种，都披上皇帝的新装。

空巢的梦魇

Nightmare of Empty Nest

历史上，一个国家的繁荣和发达，总是伴随着人口的稳定增长。不仅市镇发展，农村也日见兴盛。

但是，近代与现代社会的发展，普遍带来了农村人口的锐减和城镇人口的暴涨。

几千年来人类传统上能够写田园诗的地方，现在不是变得乌烟瘴气，就是居住的人口失去活力。

最大的原因在于人们对于物质的追求，已经近于疯狂。可以说，人们不惜一切要离开祖宗赖以存在的土地。以进城为荣，赚钱为务，没有第二个事业。一个钱字，就把数亿人吸引走了。

另一个原因在于大家对于城市化的误读。城市化决不意味着抛弃农村。可是，如果城市化的同时，没有给农村建设足够的投资，那么就等于把农村抛弃了。如果国家对于农村没有投资，没有建设，劳动力走了，学校撤并了，养老院也建在城镇，困守农村的人，就越来越失去了生活的动力。

这个现象给社会学家提供了一个新鲜而又悲剧的课题，就是中国农村的空巢化。空巢化的农村虽然可能是悲剧的主要舞台，但是空巢化的悲剧气氛可能在整个国家扩散开来。悲剧的结局可能有两种，一种结局是空巢需要外来人口的填充；另一种结局是某个时期经济危机、泡沫破裂，大量人口返回原来固有的家园，发现家园已经被陌生人占领，而自己高不成低不就再也难以融入故乡的生活，成为自己故乡的异乡人。

这就是社会学家应当普遍担心的现代化的陷阱。现代化不是一列勇往直前的高铁列车，再先进的列车都会是一列有走有停，甚至有转弯和倒车的列车。所以农村也不会一往无前地空巢下去，总有一天这个舞台还会重新演出。只不过，演员和观众的变化，让我们这一代人，或者说中国人，或者说家乡人，难以理解。

因为，现在空巢的农村，不是没有任何变化。前段时期，各大媒体都报道过黄河边一个半沙漠地带的县，我也去访问了。大半个县就为引进一个制药厂而陷入绝境。大半个县的空气是臭的，大半个县的水是臭的，大半个县的粮食是臭的，大半个县的一切都变得那么可怖。十来年之后的今天，近水的村民，出人意料的高发癌症，好端端的人群，现在突然就失去了健康。好在政府每年有慰问，每年有慰问不同的癌症病人，村民每次感激得热泪盈眶。

所以农村这个巨大的空巢，可能有一部分就像那里一样，变得污浊不堪，不再宜居。这种强大的推力，把原本没有多少物欲可以苟且偷生的人也赶走了。

一拉一推，农村人口失去了再生产的根本。空巢愈演愈烈。试想，中国农村会变成什么样子？在西方资本主义国家，每个村子只有少数的几个人，占有和经营所有的土地，变成农场主。生产力会很高。需要一些劳动力，来打工，变成农业工人。中国农村空巢以后，谁来填补这个空档，是社会学一个有趣和需要想象力的话题。

农村舞台现在有一个非常明显的插曲，那就是不少青春年少时不学无术、调皮捣蛋的人，现在有机会执掌基层政权。原因是才有学和本领的人都走了，有德行和威信的人都老了，村子成了没有可靠的青壮劳动力来组织的团体，只能任由少数不可靠的青壮劳动力来维系了。这些人自幼就是折腾相，现在也折腾起来更是无所畏葸。过去人们常说一山不容二虎，还有优劣善恶的比较和竞争，现在是有些地方本来就只有一恶虎了。所以农村空巢化也带来对于某些基层管理品质的忧虑。

论理说，传统的社会学家好像是不做价值判断的，只是照猫画虎，描绘实情。但是中国的农村的空巢却引发全球社会学家（以及其他学家）齐声的惊呼，不比人们对于印度公共场所频发的群体侵害妇女案件的惊叹逊色。

现代社会的犯罪与犯罪学

Crime and Criminology in Modern Society

人类文明发展是不是一定要付出代价？从最微观的世界里，发掘出最尖端的杀人武器；而在向遥远的太空进行探索的过程中，把人类的邪恶意图洒满宇宙；伴随着前进的步伐和希望的实现，社会上充斥着形形色色的犯罪。

犯罪作为社会的一种挥之不去的阴影，古已有之，长盛不衰，因时而化。传统的犯罪并未减弱，新型犯罪又大量涌现。犯罪种类之间好像不存在什么新陈代谢，而只有恶性繁衍。

给时代作标记的脚步已经远远不能赶上时代本身跨越的节奏。这些年来，民主化、市场化、信息时代、知识经济、电子商务……的潮流一浪接着一浪，给人们观念更新的速度提出了严峻的挑战。在我们的头脑中闪着上一个轰轰烈烈的社会变革时代（周期是几年）的场景的一念之间，又一个蓬蓬勃勃的机缘就在萌芽、成长和繁荣起来。就像在上一个一千年，人们念着、望着，突然间就已经来到新的一千年一样。

如果人们缺乏这种变革的心理准备，如果缺乏这种观念更新的决心，就不能正视社会，也不能对社会问题做出客观的评价，就是用老眼光看问题。

有些国家，领导人的观念更新就显得迟缓一些，不想变革，不敢变革，不能变革。那么，整个国家就出现相应时段的停滞局面，保守的东西、专制的东西，就强制横行；开放的东西、民主的东西就没有立足之地。

许多国家标榜已经进入了数字化时代。这是截然不同的科学时代。有些国家却自上而下进行统计数字的游戏，虚报、浮夸、欺骗、邀功请赏，或者栽赃陷害。人类深深地负累于犯罪的渊藪，也已经多年了。但是，现在是一个犯罪盛行空前绝后的时代。为时代产物？还是时代毒瘤？观察者，探索者，打击着，惊异着，人们在这些克隆着、衍化着、派生着、牵掣着的犯罪面前，无能为力。不知其为何而生，如何而灭。

而犯罪的控制首先是个与政治密切相关的问题。一个民主的社会犯罪总是与政治相互排斥，被局限在其应有的度的范围内；一个专制的社会犯罪则与政治相互为用，犯罪与政治同样无边无际。空前的专制，导致空前的腐败。腐败，清洗，再腐败，再清洗……这就是专制社会司法资源时间分派尚不均衡的结果。就像一架摇摆不定的天平，砝码总是或轻或重。腐败的时候，天怒人怨，还是不理不睬；清洗的时候，则造成一种恐怖气氛，人们唯恐上纲上线，族株连坐，罪有应得者有之，无辜冤枉者亦有之。

专制无常性。不该宽容的时候宽容过头了；不该刻薄的时候则刻薄过头了。一次又一次的政治活动，掀起一波又一波的犯罪

浪潮，伴随着平民百姓的批评、抗议，以及政府的打击、镇压，专制能够延续。民主国家，民有、民治、民享；专制国家，则是家有、家治、家享；党有、党治、党享；甚至军有、军治、军享。

研究民主与专制不同政体对犯罪的影响，有助于对各国人权状况做出客观评价。犯罪学的价值远远不止犯罪学自身，它也应推动提升一种犯罪无以滋生的社会政治氛围。这是个长期的努力过程，不可能一蹴而就。其第一步，要有人倡导；其第二步，要有相当多的人达成共识；其第三步，逐渐推而广之。

专制政权只有专制的敏感，而没有民主的敏感，镇压是长项。而民主社会，民众的呼声，就是上帝亲切的召唤。历史证明，什么时候，把镇压多数民众反抗当作政绩；什么时候，把多数民众的反抗当作犯罪；什么时候，犯罪的观念就被统治者所颠倒了。这种观念的颠倒持续着，社会进步的难得机遇就被人为错过了。

许多时候，没有犯罪，就不会有司法机器的效率和功绩。但是它们两者并不协调互动。有的国家司法机器庞大而笨拙，官僚而腐败，犯罪则广泛而持久。犯罪控制走向了能力的尽头。

因为在那里，政府和司法成为万恶之源，贪污、贿赂、徇私、泄密、赌博、嫖妓……以及为此服务、由此而生的众多犯罪类型，都与他们有关。许多国家对往届政府进行清算，总统以下的官员，原来都是国家的蛀虫，既是贪财之人，又是好色之徒。

文化与犯罪密切相关。一些文化的劣根性，将犯罪的基本框架予以固化，古今不易。实际上，一个国家的主流文化影响到其

社会伦理、政治体制、立法模式、生活方式，等等。所以，一国的犯罪状况，往往是长期文化积淀的必然反映。虽然不是文化决定论，但是至少可以说是文化积淀论。而要消除文化对犯罪的这种影响，实非易事。文化改造，多要从外部进行文化移植。文化移植不等于殖民文化。历史上确有一些事例可以作为正面的证据。社会主义世界有过文化移植，资本主义世界也有过文化移植。当然，也有在内部进行文化改造的成功范例。

无论是自我蜕变，还是进行外部催化，文化改造总会引起文化冲突。新旧文化的冲突、东西文化的冲突、教俗文化的冲突……由此而生，这是文化改造的必然的阵痛过程。文化冲突的过程中，犯罪呈现出全新的特征。文化改造的完成，使犯罪重归平静。

我们今天的人，能不能与一种旧文化决裂，而与一种新文化融合？就个人而言，可以，就团体而言，不可以；就观念而言，可以，就行动而言，不可以；就长期而言，可以，就短期而言，不可以；就自觉而言，可以，就自发而言，不可以。这表明文化转型，只能是一个或急或缓的渐进过程。关键是能否启动这一过程。

在现代犯罪学体系中，基督教的原罪说已经处于微不足道的地位。没有人为之辩解，也没有人在进行诠释，成为被人遗忘的一角。是不是我们认真读过《圣经》、《古兰经》、佛经和道教经典的这些人从中一点也找不到犯罪学的蛛丝马迹？是不是它们已经仅仅成为我们书橱上的显示文化底蕴的摆设而毫无利用价值了呢？

事实上，这些宗教典籍里包含着我们读了也不能懂、懂了也不能求证的哲学。我们与这些哲学之间的距离非常之远。试问：我们更睿智吗？我们自己往往有一些似是而非或者犹豫不决的答案。

对于我们来说，每一宗教教义都是玄学。对其成百上千世代的信徒而言，则真谛自明。

世界上一而再、再而三地产生出来的大小宗教，难道也只是个别人别有用心、标新立异的结果，而没有历史发展的原动力在其中自在地起作用？我们现在所从事的惩治某些犯罪的广泛运动，是不是在重演中世纪宗教裁判所审判所谓异端邪说——其中许多今人视为科学基础——的悲剧？人类对自然对社会对自身本质的认识总是处于时代的局限之中。不能超越极限，也就不能停止固执的举动。

战争这种罪原始的方式仍然在世界许多地方用以解决冲突，狼烟四起。世界范围的种族冲突和恐怖主义，有的剑拔弩张，一触即发；有的星星之火，已成燎原之势。穆斯林在全球进行的独立运动，既是一种民族运动，也是一种宗教运动，他们的生存空间，包括地域的和权力的，正在逐渐发展。

独立与反独立，控制与反控制的努力同时继续。凡是有人想独立的地方，一定存在着令人难以容忍的专制统治。另一个极端，则是新欧洲的崛起，和那个与它隔大西洋向往的北美大陆安详幸福地生活的人们以和平、民主、自由、公正的方式争相创造更好的存在模式。人们说西线无战事，这就是西方发达国家的真实写照。如果人们期待的西方持久和平局面能够实现的话，不远

的将来，那里将建立起超级民主共和国。

全球一体化使犯罪全球化成为现实。欧亚非美等周的犯罪总是遥相呼应。在一种意义上，包含跨国犯罪、国际犯罪。主要的意义上，是指一种趋势，全球各地犯罪发展的共同趋势。似乎与时代发展脉络有关，而与地域差异的固有特性结合。

现代交通、通讯特别是网络的发展，是人类初步摆脱了时空的束缚。社会现象、社会冲突以及犯罪也有了全新包装的内涵。1998年的CIH病毒，1999年的美丽莎病毒，2000年的爱虫病毒，2001年的红色代码病毒，以及数以万计的其它类型的计算机病毒，不仅仅是使人类每天有所失的犯罪行为之一。那些古已有之的传统犯罪和崭露头角的新型犯罪，为国家这种组织内部缔造了一个庞大的侦查、起诉和审判机器，提供了众多权力大、地位高、收入多的公务员就业机会。计算机犯罪也为计算机安全专家一展身手拓展了业务空间。

古代，“男盗女娼”似乎是社会经济停滞、物质匮乏、贫富分化严重时调节生存和享受基础平衡的主要自发手段。而今，它又在重演。历史总是惊人地相似，惊人地再现。

一般平民，劳有所获。贪官污吏，不劳而获。而“男盗女娼”这些人，当初则是劳而不获，甚至没有就业劳动机会，不劳不获。色情业的发达，与贪污腐化是出自同样不劳而获的观念。贪污是富人更富，穷人更穷，权钱交易，官官相护。而色情业只是从贪官污吏身上拔取九牛之一毛的微型调节装置，使部分财富流向财力相对较为逊色的服务人员。姑且不说平民散户也有满足心理、生理需求而投资嫖娼之举，政治和经济利益主体总是将提

供色情贿赂当作腐蚀对手的工具。因此，虽然妓女中也有登得大雅之堂的达官显贵，但是一般而言其财富总是与百万富翁难相匹敌。

另外还有一个重要的犯罪学课题，即破坏环境犯罪。环境保护运动，自始就没有任何错误。但是，公认环境保护的重要，与最初的主张存在相当大的时间滞差。现在，有些方面时间已经太晚，各国只能做些亡羊补牢之举。破坏环境的犯罪化在人类从自我摧残、自取灭亡的边缘挽救回来。不过，迄今为止，环境犯罪的惩治活动仍然流于形式。

绿色植被屡遭浩劫；土地面积虽然没有缩小，但是自然土地在被人类的钢筋混凝土、柏油马路、钢轨、垃圾和沙漠所壅塞。海洋也陷入了被污染而难以自然净化的局面。更为严重的是，大气成分迅速改变，其中氧的含量在过去二十年中，显著下降，二氧化碳含量则显著上升。这一切的结果是自然灾害频繁发生。

我想，自然灾害只是大自然自我保护的行动之一。非洲等地持续的大面积干旱，使那里的人们饥饿和营养不良，以致生存质量甚至繁殖数量都处于最低的限度，一次缓解人口对于环境的压力，遏制无休止的破坏。厄尔尼诺现象，山体滑坡和泥石流，洪水，飓风，雪灾甚至温室效应，无一不是大自然自我保护的措施。

多少年来，人类和大自然作战，是为了生存。现在，大自然和人类作战，也是为了存在。人类该是向大自然停止索取，停止摧残，而进行补偿和保护的时候了。这就是公平的游戏规则。因此，环境破坏的进一步犯罪化显得刻不容缓。

人类犯罪为什么？这是提出犯罪对策、实施犯罪控制的最初的出发点。可是，这个问题的答案，却漂浮不定，难以把握。社会在变，犯罪在变。因此，犯罪学的使命也在不断的调整。犯罪学应该是一门开放的、不断发展的学科。虽然一些既定的程式使后人不至于凭空臆造，但是这只是其基础，而不是其本体。否则，如何能最大地适应社会需要呢？

距离古典犯罪学的发端，以贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》的出版论，已经有20余年。两个世纪，比之人类历史显得短暂；对现代人类的福祉，则至关重要。

许多国家在此期间进入真正民主文明，而又有许多国家仍然在堕落、徘徊和煎熬。民主文明国家的犯罪学家及其学术成果，不断地促进社会进步；而专制、愚昧的国家，有的根本没有什么犯罪学家，甚至不承认犯罪学；有的只是诠释统治阶层种种学说的机器。

人类社会的活动总是遵循效率原则。实施犯罪行为的效率，和惩治犯罪行为的效率，是研究犯罪现象是必须突出强调的问题。在此背景下，犯罪学理论研究也要讲究效率原则。然而，这正是一个被长期忽视的方面。一是信息的重复，特别表现在资料的堆砌；二是无休止的争论和批判。归根结蒂，这些都是创造力匮乏的结果。广义上，这不单单是因为个人才智的贫困，更包括合作可能的缺乏，还归咎于社会学术环境的滞后。也就是说，很难召集其一个研究团体卓有成效地进行工作。

犯罪学著作的低水平重复，是个现实问题，也是个棘手问题。其实许多学者希望创新（不是刻意标新立异），但是环境局

限性实在太大，以致难遂夙愿。这就不是学者们所能摆脱的窘境。

犯罪学著作的文风，也是亟待改进的问题。我们知道古代、近代有许多学者无论创作文学还是学术作品，都表现的语言流畅、文采飞扬，充满理性。而今非昔比，现代学者多使用平铺直叙，千篇一律都是权威的强调。法学著作不是法律条文本身。经典的立法文献尚且可以采用灵活的表达方式，我们今天的法学，不必再因循历史上某些是其社会总体文化偏低而不得不采用的那种平平淡淡、条条缕缕的语言形式。简单的思想，用简单的语言可以表达。复杂的思想，则多要采取相应的语言加以阐述。复杂的思想，则多要采取相应的语言加以阐述。这是培养学生乃至公众多维思维的必由之路。

日本的法律家及其养成制度

Jurists and Their Training System in Japan

一、日本法律家

在日本，所谓的法律家，广义上来说包括法律学者等，但是狭义上是指从事法律实务的专门职业的人。在这种意义上，也使用“法曹”这一术语。在日本现在的制度中，包括裁判官、检察官和辩护士。此外，还有司法书士、行政书士、辩理士、税理士、公认会计士等，分别在特定的范围内从事法律有关事务的人，但是他们不能从事裁判所的诉讼代理和规定范围以外的法律事务。因此，所谓法律家，又被称为“法曹三者”。他们中的大部分是通过司法考试，完成司法修习之后任职的。¹³

(一)裁判官

¹³ 法律家，

<http://contest.thinkquest.gr.jp/tqj2000/30202/frame/houritsuka.html> (accessed on 2 Feb. 2003).

1、裁判官の種類、作用

裁判官中，有最高裁判所长官、最高裁判所判事、高等裁判所长官、判事、判事补、简易裁判所判事这些种类。¹⁴种类不同，任用资格和方法也不同。

最高裁判所长官以及判事，必须是具有较高的法律素养，年龄40岁以上的人担任。但是别无其他资格限制。15名中至少有10名要有20年以上作为法律家（包括一定大学的法学教授、助教授）的经验。最高裁判所长官，由内阁提名，天皇任命，最高裁判所判事，由内阁任命。任期都没有规定，直到70岁退休终身保留该种身份，但是每10年要由国民审查，其职位保留与否，要征询国民的意见。

高等裁判所长官以及判事，从具有法律家经验10年以上的人中任命，实际上大多数是从判事补开始做起，经10年后任命为判事的。要成为判事补，限于通过司法考试合格，完成司法修习生的修习的人。简易裁判所的判事，除了符合高等裁判所长官、判事职务的条件，或者具有作为法律家的经验3年以上的人，可以被任命之外，裁判所书记官与裁判所事务官、检察事务官等常年从事司法业务的人以及其他具有从事该职务的必要学识经验的人，经过选考委员会的选考进行任命。实际上，后者的选考任命占大半的比例。这些裁判官，都是根据最高裁判所的提名的名册，由内阁任命的。任期是10年，也有再任的，与最高裁判所判

¹⁴ 裁判官 さいばんかん，
<http://db.gakken.co.jp/jiten/sa/200860.htm> (accessed on 2 Feb. 2003).

事（70岁退休）不同，65岁为退休年龄。

2、裁判官的独立

现代国家体制的基础是三权分立，立法、司法、行政各权能分别属于独立的机关，通过相互的制约和平衡，达成适正妥当的国政的实现。其中司法机关，被赋予对于立法府和行政机关的活动是否符合作为国家最高规范的宪法进行审查的权限。作为法律的最终守护者，负有严正适用法律的使命。为此，担任裁判官者，不受任何其他干涉、压迫，自主独立地履行其职务。《日本国宪法》第76条第3项规定：“所有裁判官，遵从其良心独立行使职权，只受宪法与法律之拘束。”¹⁵这就确立了裁判官的独立地位。

为保证裁判官的独立地位，除了发生应处禁锢以上刑罚的欠格事由之外，除非在由国会的弹劾裁判所受到罢免，或者经分限裁判认定有身心障碍而不能履行职务，不能罢免，即使警戒处分，也只限由最高裁判所或者高等裁判所行使。另外，违背其本人意愿，不受转官或者转所、停职或者减少报酬。¹⁶

裁判官作为裁判所的成员，服从最高裁判所以下各裁判所实施的司法行政上的监督，但是这种监督的行使不允许对各裁判官进行的裁判的内容产生影响。

¹⁵ 《日本国宪法》（昭和21(1946)年11月3日公布，昭和22(1947)年5月3日施行），第七十六条【司法権、裁判所、特別裁判所の禁止、裁判官の独立】
<http://list.room.ne.jp/~lawtext/1946C.html> (accessed on 2 Feb. 2003).

¹⁶ 参考：《裁判官分限法》（昭和22年10月29日法律第127号），
http://new.lec-jp.com/law/houritsu/s_5.html (accessed on 2 Feb. 2003).

(二) 检察官

1、检察官的种类、作用

检察官分为最高检察厅长官，是监督整个检察厅职员的检事总长，辅助其工作的次席检事，各高等检察厅长官是检事长，检事（分为一级、二级），以及副检事。

其中检事总长、次长检事、检事长以及一级检事、二级检事，从从事判事补、简易裁判所判事或者辩护士之职八年以上的人等中加以任命。实际上，通常是从二级检事开始经过八年升任一级检事，其后从中任命检事长等。

二级检事中，除司法修习生修习完成者外，也有符合担任裁判官职务的人和作为一定大学的法学教授、助教授三年以上的人。实际上任命的，全部都是第一类。副检事，除了具有二级检事的资格之外，担任检察事务官三年以上等职务的人，经审查会的选考也可任命。担任副检事三年以上、检察官考试合格，也可以升任二级检事。

退休年龄，检事总长为65岁，其他检察官为63岁。

2、检察官的职务与地位

检察官，除了在刑事案件中作为能够行使公诉权的唯一机关而进行追诉外，还具有补充警察等的侦查，或者独立进行犯罪侦查，以及对刑罚的执行进行指挥监督等。这样，检察官，也是侦查机关，还是据它提起的公诉进行刑事诉讼的一方当事人，与民事诉讼的原告代理人等不同，也不是被害人的代理人。某种意义

上是作为公共利益的代表人而从事该种职务的。同时，检察官并不是单纯寻求对犯罪嫌疑人、被告人的处罚，也负有确保侦查的适当性，发现和提示对犯罪嫌疑人、被告人有利的事实和证据，在客观公正的立场上谋求正义的实现的义务。

此外，检察官作为公共利益的代表者，在民事上代表死亡者进行有关身份关系的诉讼等，享有广泛的权利和义务。

检察官是行政官，其职务与司法权的行使具有密切的联系，准据裁判官的规定，享有身份保障和职务的独立性。除非发生应处禁锢以上之刑的欠格事由，以及按照检察官适格委员会做出“不的确”结论的情况，和作为国家公务员的惩戒处分和因冗员裁撤而待命的情况之外，不得违反其本人意志而剥夺身份、停职或者减薪。另外，检察官的权限，分别属于各位检察官，各检察官单独行使，其含义可以说就是每个人都是独任制的官厅。

最重要的是，另一方面，检察官作为检察厅这样的行政组织的一员，在履行职务中，服从包括检事总长以下的各长官的指挥监督之下一体行动。这是检察官同一体原则。在各长官指挥监督下的检察官的事务自己处理，或者也可以转交给其他检察官。现在，在刑事案件中担当的检察官做出起诉、不起诉决定时，经过上司的裁决是通例，特别重大的事件的场合，寻求最高干部的判断的情况也不少。

在行政组织上，有关检察的事务属于法务省管辖，法务大臣就是其长官，应该具有统治全部检察事务，有可能受政治的，党派的利害关系的左右，司法权的行使本身具有被歪曲的危险。现行法上，法务大臣对检察官可以进行一般的指挥监督，在个别事

件的调查处分中则只能对检事总长进行指挥。检事总长成为缓冲地带，而防止了直接干涉检察官的职务。

(三) 辩护士

1、辩护士制度

根据辩护士法第一条的规定，辩护士是以维护基本人权，实现社会正义为使命的人。辩护士的工作不限于诉讼业务。但是诉讼业务是最主要的业务之一。¹⁷

担任辩护士，原则上要经司法考试合格，司法修习生修习完成。例外的情况也有，任职于一定大学的法学教授、助教授等五年以上的人等，认定其有资格。

为担任辩护士，任职于全国52个（东京有3个，其他各地方裁判所的管辖地域各一个）辩护士会入会，通过各该辩护士会申请向日本辩护士联合会（日辩联）进行辩护士登录。

第二次世界大战前的辩护士会制度。辩护士会是置于所属地方裁判所检事正或者司法大臣的监督下，惩戒等也均由检事长“申立”。控诉院（上诉法院）中设立的惩戒裁判所，进行惩戒。战后兴起的现行辩护士制度，承认最大限度的辩护士自治，辩护士的资格审查与指导监督，惩戒全部由辩护士会自律进行。

1987年以后，具有外国的辩护士资格，从事实务有三年以上

¹⁷ 法律家，

<http://contest.thinkquest.gr.jp/tqj2000/30202/frame/houritsuka.html> (accessed on 2 Feb. 2003).

经验的人，经法务大臣承认，作为外国法事务辩护士可以从事对有关该外国法的法律事务（除了有关在日本裁判所的诉讼代理和诉讼手续外）。在这种情况下，经过想入会的辩护士会，向日辩联申请登录，必须在那儿准备的名簿上登录才能生效，与惩戒等的关系也置于日辩联的监督之下。

2、辩护士的职务

辩护士行使民事、刑事诉讼事件与离婚等家事事件，对行政厅的“不服申立”、“示谈交渉”、“法律相谈”等法律事务等职务。特别是可以代理诉讼的，原则上限于辩护士。不是辩护士的人，以取得报酬为目的，处理法律事务，以从事斡旋为业，原则上是被禁止的（外国法事务辩护士与司法书士等的邻接职种的从业者、在许可的范围内从事法律事务）。法律事务与国民权利息息相关，需要具备高度的专门知识，如果允许没有资格者为了谋利而介入他人的法律事件，会危及国民的权利。

一方面辩护士享有垄断法律事务的特殊地位，另一方面也必须遵守保守秘密的义务，禁止双方代理，禁止污职行为，禁止与非辩护士的“提携”，禁止公务员兼职辩护士，原则上禁止从事营利业务等法律上的义务和限制，以求其保持与其地位相称的高度的职业道德。辩护士提供法律服务，从委托人取得报酬，以次维持法律事务所和个人生计，与裁判官、检察官共同谋求司法的公正运用和实现的必要地位。也就是说，辩护士不单纯是委托人个人利益的代言人，而且负有公共使命，具有高度的伦理性和对公共的奉献精神。《辩护士法》第一条规定，“辩护士，负有维

护基本人权、实现社会正义的使命”。¹⁸

3、辩护士的利用

辩护士是法律家中与一般国民最为接近的，负有接受每个人的各种各样的法律问题的咨询，对防止不必要的纠纷做出适当的建议，发生纠纷时，采取包括诉讼代理在内的解决问题的必要的法律措施等的重要任务。辩护士是国民进入司法程序的第一站。

但是，从利用者的角度看，现状是认为向辩护士咨询、接受其法律服务是不必要的。还有，其工作的内容，随著社会经济的高度化、复杂化、全球化、多样化，法律服务不完全适应。其原因是，辩护士报酬的不透明性，广告规制等的信息不足等。大的方面说，辩护士人口不足及地域的分布不平衡，辩护士的执业态度不端正及专门化迟滞。

其中，日本的法曹人口，虽然其中辩护士人口占了大多数，与别的国家比较起来，不仅较少，而且所在地多为大都市。有裁判所而没有辩护士或者只有一个辩护士的地方也不少（叫做0-1地区）。

4、辩护士的业务形态

据日辩联的抽样调查结果（1990年），全国辩护士中，单独成立的事务所，从事业务的占55.7%，合伙事务所占27.7%。单独经营者之下，其他辩护士工作的形态占8.6%。各事务所辩护士数，5人以下的占92%，10人以上的占3.4%。辩护士以外的事务员数，平均每个事务所有2.5人，其中八成为女性，在事务所工作

¹⁸ 《弁護士法》，（昭和二十四年六月十日法律第二百五号，最終改正：平成一四年五月二九日法律第四八号），第一条。

期间也较短，一般是从事接听电话、接待、复印等一般事务、会计事务，就连向依赖预先听取和调查事情，裁判文书类的阅览、法律文书的起草等准法律事务业都较少。

可见，事务员经营一至二人小规模单独事务所，实质业务完全自己处理，是日本辩护士的普遍状况。而且，1. 各辩护士能够处理的事件数有限，2. 为了维持事务所的经营，必须从有限的事件中获得一定的收入，因此，赚钱的事件优先处理，3. 专门化很困难。

一般而言，辩护士的主要收入源是法律顾问单位，平均每人有11家顾问单位，都是中小企业，顾问费也不高，占收入的20%左右。实际上，全国企业与辩护士签订顾问合同得不到10%，大企业等都是自行设有法律事务部等类似的部门，签订合同与日常有关法律的事务自行处理。

之后，已经10年了，状况稍稍改变，辩护士能提供的法律服务全面化，辩护士人口大幅度增加，并朝著大规模合伙事务所（共同事务所）发展，业务范围大为扩展。

二、日本的法律家养成制度

（一）日本的法曹人口

日本的法曹人口，特别是辩护士数，与其他各国相比都少得多

了。从每10万人口比看就非常明确了，日本的法曹人口相当于美国的二十分之一，英国的九分之一，德国的八分之一，法国的六分之一。1999年日本的法曹人口也只有22455名，稍有改善而已。

历史上是怎么样的呢？《大日本帝国宪法》与《裁判所构成法》施行于1890年，当时法曹人口为3357名，设立家庭裁判所，开始司法考试的1949年，法曹人口为9661名，59年间增加为3倍。1949年至1999年50年间，法曹人口增长到22455名，也不过增加了2.3倍。与战后日本经济的飞速发展相比较，法曹人口的增长是微乎其微的。其原因是，实行司法考试后，每年合格者数控制在500名左右。

法曹人口的地域分布情况，可以对比一下1963年和1998年全国50个地方裁判所管辖范围内裁判官与辩护士的人数。与裁判官在各地域的平均配备形成对比的是，辩护士地域分布不均衡，大都市多，其他地区少。比如，北海道的钏路地裁，旭川地裁、岛根县的松江地裁管辖范围内，辩护士对裁判官的比分别是1.2倍，1.3倍，1.4倍弱的样子，而东京地裁、大阪地裁、名古屋地裁管辖范围内，分别是11.1倍、7.6倍、6.2倍。与辩护士类似的专门职业还有医师，过去日本的无医村也是无数，后来这成为医疗行政的一大课题，现在医师数超过了40万人，无医村问题解决了。与此对比，没有辩护士的町、村、郡在日本还是很多，这些地方居民得不到对法律问题进行咨询的机会。

因此，有人建议，增加司法考试合格者数，来扩大法曹人口的数量。

(二) 日本的法曹养成制度

日本的法曹养成制度的特征有两个，一是以司法考试和司法研修所中的司法修习为中心，二是在司法修习所中的裁判官、检察官、辩护士的一元化养成的养成制度。

1、司法考试

法曹中的大部分是通过司法考试任职的。只有少数情况学者等人担任了裁判官等。

《司法考试法》¹⁹第一条第一项规定，司法考试是指“对想成为裁判官、检察官或者辩护士的人进行的以判定其是否具有必要的学识及其应用能力为目的的国家考试。”报考资格没有特殊限制，大学法学部毕业，“大学毕业是必要的”。

该考试分为第一次考试和第二次考试。第一次考试判定考生是否具有相应的修养和一般学力。第二次考试判定想成为法曹者是否具有必要学识和应用能力。大学中取得学士学位而完成了必要的一般教养科目履修者，免除第一次考试（《司法考试法》第二条至第四条）。²⁰第二次考试，就是一般所指的司法考试，对宪法、民法、刑法三六科目进行“短答式考试”，对其合格者，进行宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法六科目进行“论文式考试”，而再次合格的，还要进行宪法、民法、刑

¹⁹ 《司法試験法》，（昭和二十四年五月三十一日法律第四百十号），最終改正：平成一四年一二月六日法律第一三八号），第一条。

²⁰ 《司法試験法》，第二条、第三条、第四条。

法、民事诉讼法、刑事诉讼法五科目的“口述考试”，共三个阶段（《司法考试法》第六条）。²¹

司法考试现在是高难度的国家考试，每年有3万人左右参加考试，合格者只有1000人，合格率仅为3%左右，即使合格的，也都经过了几次考试，一次合格者寥寥无几。平均参加考试的次数是5次。但是据说是参加考试三次以内的人优先。为了准备考试，社会上成立了很多补习班，预备校，学习会等。²²

2、司法修习

《裁判所法》²³第14条规定，司法研修所，“是为了处理有关裁判官及其裁判所职员的研究及修养以及司法修习生的修习事务”而在最高裁判所设置的组织。司法考试合格者，最高裁判所得采用为司法修习生（《裁判所法》第66条第1项）。修习期间为1年6个月。最初和最后分别有三个月在研修所接受集中研修，中间一年分别在任职地分散于裁判所、检察厅、辩护士会修习实务（《裁判所法》第67条第1项，《关于司法修习的规则》第5条）。这样的司法修习生的修习，将来是担任裁判官、检察官，还是辩护士，没有差别，进行一元化修习。叫做“统一修习”。针对统一修习而言，裁判官、检察官、辩护士分别进行不同的修习的所谓“分离修习”，是没有司法修习所的战前的制度，裁判官及检察官与辩护士分为两类进行分离修习。司法修习生在修习期间，接受国库“给与”（《裁判所法》第67条第1项、第2

²¹ 《司法試験法》，第六条。

²² 法律家，
<http://contest.thinkquest.gr.jp/tqj2000/30202/frame/houritsuka.html> (accessed on 2 Feb. 2003)。

²³ 本节有关条文，参见《裁判所法》（昭和二十二年四月十六日法律第五十九号，最终改正：平成一四年一二月六日法律第一三八号）。

项)。

修习的最后，如果在专称为“考试”的考试中合格，修习就终了。如果修习终了，得任命为裁判官和检察官，或者进行辩护士登录成为辩护士。

3. 职业制度

任命为裁判官与检察官者，都是从这个阶段开始作为裁判官、检察官的职业生涯，原则上一生从事该职业。这种制度叫做“职业制度”(career system)。这种裁判官称为“职业裁判官”(career 裁判官)。“职业制度”的内容就是“法曹一元”。法曹一元，就是为成为裁判官或者检察官，必须经过一定期间(比如10年)具有辩护士经验的制度。换句话说，从辩护士中任命其优秀者为裁判官或者检察官。一旦采用为裁判官，就终身担任裁判官。

法曹一元制度具有的优点是：(1)由于具有丰富的社会经验的辩护士成为法官，裁判的质量提高，说服力、信赖性增强；(2)法曹界在朝在野的对立消失；(3)支撑司法制度的人们的法曹一体感增强，等等。日本辩护士联合会主张把法曹一元制度引进到日本。法曹一元的实现前提，有人认为包括如下几点：

(1)法曹人口大大增加；(2)辩护土地域分布平均化；(3)国民对辩护士的信赖提高等。认为日本还不具备这样的条件。

(三)法曹养成制度存在的问题和改革主张

1、存在的问题

(1) 性质上，司法考试是资格考试，却运用为录用考试一样，合格者数严格限制在司法研修所承受能力的范围之内。对于司法考试的合格者数增加，长时间内日本辩护士联合会坚决反对，这是日本的法曹人口绝对不足的原因。

(2) 对合格者数过多地增加限制的结果是，司法考试成了中国古代的“科举考试”一样的过于严苛的国家考试，是受考者浪费了青春，承受了不必要的负担。实际上，司法考试的报名者，每年3万人左右，1999年合格者只有千人（以前是几百人），合格者的平均年龄达27岁左右，平均参加考试次数超过五次。

(3) 这种过于严苛的考试制度，导致受考者预备学校的设立，也导致大学法学教育空洞化。大学的法学教育，本来通过广泛的法律学科来修得系统的知识以及应用能力，获得富于人文主义的完全人格教育。而许多学生都考虑通过司法考试，司法考试中的宪法、民法、刑法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法六科目，都是去上考试补习学校。

(4) 过于严苛的试验中，能把具有真才实学的人吸收到司法界，也就没有问题了。实际上正好相反，很多人视野狭窄，创造性、应用能力没有，只对流个科目的考试对策比较擅长，这样的人充斥于司法界。司法试验的合格者中，缺乏法律基本常识的有之，缺乏系统的知识的也有之。这样的指责最近经常出现。年轻气盛的学生，四次、五次地反复参加考试，磨练了考试技术，别无长物，直到最后司法考试合格进入司法界，也是司法界的危

机。

2、改革主张

针对上述情况，人们提出了许多改革的主张。

日本法曹人口有必要大幅度增加，但是也不是说单纯数字上增加的问题。在日益复杂化、高度化、国际化的日本社会，优质的法曹增员是其追求目标。如果维持现行的司法考试制度，而只增加合格者数，解决不了问题。

一方面，从根本上变更司法考试制度。司法试验的科目方面，以前以减轻受考者负担的角度出发，逐渐削减并废止了选择科目，出现了专门针对六科目而设立的考前辅导学校，使大学法学教育与司法考试制度严重背离。因此，试验科目的增加，选择科目的复活，考试方法的变更，都是学者所主张的。

但是，仅有司法考试的变更，就能甄选具有必要知识和资质的人充任法曹吗？在司法考试之前，对于将来想充任法曹者，进行什么样的法学教育？最近议论较多的一个方面就是“法学院”的构想，以法曹养成为目的的专门大学院，设立二年至三年制的法科大学院（也可叫法曹大学院），进行能够修得法律的系统知识与应用能力的教育，进行对于在那里学习的人而言能比较容易合格的新的司法考试制度。

现在，日本社会正在全面推进司法制度的改革。为了推进司法制度的改革，日本颁布了司法制度改革推进法²⁴司法制度改革

²⁴ 《制度改革推进法》，（平成十三年十一月十六日法律第百十九号）。

推进本部令²⁵等法律，法令。作为司法制度改革的一部分，法律家养成制度也在逐步过程改革中。

²⁵ 《司法制度改革推进本部令》（平成十三年十一月二十八日政令第三百七十二号，最终改正：平成一四年四月一日政令第一二二号）。

来日外国人犯罪的状况

The Situation of Crime by Foreigners in Japan

一、来日外国人犯罪的概念

来日外国人是日本法律上的一个专门术语，是指没有日本国籍的人，包括以在日韩国、朝鲜人和中国人为核心的永住者，在日美军关系者等在日本定居的外国人，以观光，商务，留学为目的而临时来日的外国人，以及除了在留资格不明者之外的外国人²⁶。

来日外国人犯罪就是指这些外国人在日本国内实施的犯罪。而对于外国人的国外犯进行处罚是少见的²⁷。

虽然日本是发达的国际化国家，但是日本人的固有文化传统中，仍然有浓厚的排外倾向。加之日本人口密集，不象其他大多数发达国家那样具有宽松的移民政策。外国人要融入日本社会，是一件很不容易的事。“外人”（外国人）永远是“外人”。从

²⁶ 泽登俊雄，所一彦，星野周弘，前野育三，《新刑事政策》，日本评论社，1993年10月第一版，p330。

²⁷ 大塚仁，《新刑事政策入门》，青林书院，1995年10月初版，p383。

日本司法理论与实务界经常专门针对来日外国人犯罪而发表的报告和评论可见一斑。每年的警察白书和犯罪白书都有相当的篇幅公布来日外国人犯罪的统计数字和状况概述。可是，最近几年来日外国人犯罪问题的变化，是那些统计人员无法逆料的，已经日渐成为日本犯罪现象中的“活火山”。

随着外国人来日人数和非法居留者数量的增加，外国人犯罪也呈现递增趋势。在日永住者人口，20世纪50年代以来一直维持在60万人左右²⁸。亚裔外国人在日本战后初期的混乱期犯罪率比较高，以后逐渐平息下去了。而在日美军关系者的犯罪，如果属于执行职务中的犯罪，由美军当局行使初审权²⁹。

从20世纪90年代初开始，每年来日进行观光、就学、就劳等活动的外国人数达到200万，并迅速递增至400万以上，1999年更达到490万人。而在2000年以观光和经商名义来日的外国人就有475万人³⁰。来日外国人登录者数，从1990年超过100万，而且每年以三至五万的速度增长。至1999年，已经达到155万人以上。同时，非法居留者数也在逐年递增。它由两部分构成。一部分称为非法残留者，也就是没有经过正规手续进入日本的人，以及超过合法在留期间而居留日本的人，到2000年1月1日达到25万1,697人³¹。另外一部分称为非法入国者，即以集团偷渡等方式非法入境、上陆的外国人，也有相当的数量。必须指出，犯罪问题在合法居留者与非法居留者、短期居留者与长期居留者中都有分

²⁸ 大谷实，《刑事政策讲义》，弘文堂，1994年6月第4版，p451。

²⁹ 大塚仁，《新刑事政策入门》，青林书院，1995年10月初版，p383。

³⁰ 日本时事通讯社，2001年4月12日。

<http://www.weblife365.com/nandw/date/010412×983.shtml>

³¹ 冈山县警察本部，<http://www.pref.okayama.jp/kenkei/>

布。

日本警察厅的统计方式中，来日外国人犯罪从1980年开始计入永住者以外的外国人的犯罪，称为“来日外国人犯罪”（永住者的犯罪称为外国人犯罪）。法务省的统计中，则从1981年起把不法就劳者的犯罪统计在内。但在研究中，为了避免用语的繁杂，一般将所有这些犯罪统称为“来日外国人犯罪”³²。

二、来日外国人犯罪的社会反响

来日外国人犯罪状况的研究，在观念上有让所有来日和在日外国人充当犯罪问题的替罪羊之嫌。在一些极端的情况下，日本人对于外国人犯罪现象、外国人犯罪人的仇视有时会转嫁到所有外国人身上。特别是来自日本邻近的中国人、韩国人和朝鲜人、菲律宾人，以及南美洲的巴西人等，倍受关注。惟由于来日韩国人每年虽有百万以上，带来日韩国人和朝鲜人登录者庞大的数字不增反减，而来日中国人数迅速递增，来日外国人犯罪被一些人视为就是中国人犯罪。这在媒体报道、法学研究和司法统计中都有所表现。特别是有些右翼分子，专门开设网站或者发表主页，宣扬人种优劣论，说“中国人就是犯罪人”。2000年7月，在福冈市繁华的街道上，连续出现了摆着“中国人卖春妇污染中洲”侮辱性的看板，引起强烈反响。7月15日，福冈市中洲繁华的街道上突然树起了几块醒目的大型看板，上面写着“中国人卖春妇污染

³²泽登俊雄，所一彦，星野周弘，前野育三，《新刑事政策》，日本评论社，1993年10月第1版，p330-332。

中洲”的字样，列举中国女性在拉客过程的作案手段，称中洲地区年间被害额达十数亿之巨，并在看板上刻意画了一条毒蛇，暗指中国女性是美女蛇。

日本的报警电话110的宣传标语本来是“看到犯罪，听到犯罪，请拨110。”³³东京都警方在2000年11月20日却向市民张贴布告，提醒市民“看到中国人，请拨110”，“听到中国话，请拨110”。互联网上留言板、聊天室中，随时都存在做出“中国人品质低劣”这样的判断的论调。

无独有偶，有个叫黄文雄的，出版了《不法移民与犯罪》一书，对中国人的攻击近乎疯狂。他说：“最近，听到的中国人凶恶犯罪，绝不是只在日本。欧美各大都市，实施凶恶犯罪的中国人，成为各国共同的问题。欧美所说的黄祸变成了华祸。”“中国人犯罪有独特的方式。杀人、放火是通例，比如在夺取戒指或者手链的时候，还要切断手指和手腕。”“这样的凶恶犯罪，不但发生在中国之外，在本国比任何其他地方都显著。古代就被称为`有山就有贼，有湖就有匪`的国家，贼比正规军都多。现在也没有大的变化。和贼枪战中，殉职的警察每年有2,000人以上。”还恶意攻击说，“台湾企业被不是贼的人民解放军和武装警察袭击的事件也连续不断”。

可以看出，反华分子在反华舆论方面借助了在日中国人犯罪的事实。以致有个日本人的个人主页在其公开的日记中也写道：“电视上说最近连中国的留学生之类，也对中国人犯罪集团予以帮助。究竟是怎么一回事不太清楚，这也是一种乡土精神吧。”

³³ 福冈县警察本部，
<http://www.pref.fukuoka.jp/police/01s051101.html>

反差别国际运动委员会的网站“石原，闭上嘴”

(ishihara.yamero.net) 搜集了东京都知事石原慎太郎的许多有关排外主义的言论加以批判，其中就有十多年来石原有关中国的“暴言”。在日本政坛和日本社会，石原之流起了“三人为虎”的谎言效应。按照石原的“犯人”逻辑，有两个基本论断，一个是“中国人=犯罪人”，一个是“非法居留的外国人=凶恶犯”。更有甚者，《周刊文春》把归国残留孤儿的犯罪现象也归结给中国人³⁴。这些论断在意识形态上的蛊惑倾向更浓于犯罪学和论证。就此做出回答，更多地应该由中日两国人民进行判断。

实际上，日本许多有识之士，包括法学家们也对此加以探讨，用事实和数据加以反驳³⁵。甚至有人曾经强烈要求某些人为此谢罪和辞职³⁶。

三、日外国人犯罪的重要指标

1、来日外国人犯罪的总检举件数与人数

总体上说，来日外国人犯罪引起日本人的忧虑是有它的事实根据

³⁴ 《历史不容忘却》网站，<http://www.china1937.com/>

³⁵ 关于东京都内外国人犯罪的真相的分析，详见日本コムスタカー外国人共生会中島真一郎《東京都における来日外国人犯罪の動向分析—人種差別の偏見力からの脱却を》，2000年4月20日；《来日外国人は、凶悪犯罪が多いというウソ》，2000年4月25日。参见<http://www.infoexperience.com/mma/news/>

³⁶ 参见ミックスマリッジとあゆむ会平岡恵美子《石原慎太郎都知事の三国人じょう発言ほか—速の差別発言の撤回と謝罪を求める声明文》，<http://www.infoexperience.com/mma/news/>以及移住労働者と連帯する全国ネットワーク事務局長渡辺英俊石原《東京都知事の移住労働者とその家族への差別発言に抗議し発言の撤回と謝罪と辞職を求める声明》，<http://www.asahi-net.or.jp/~ep4r-wtkk/ijuren.htm/>

的。2000年，来日外国人犯罪的检举件数较之10年以前增加了3.9倍，检举人数增加了2.7倍。在某些县，来日外国人犯罪现象更受到加倍关注。因为这些地区外国人犯罪增长态势异常惊人。比如群馬县，1990年检举件数只有33件，检举人数为10人。1997年检举件数达到1,290件，是1990年的39.1倍，检举人数是93人，是1990年的9.3倍。1999年虽然大幅度回落，检举件数仍有964件，是1990年的29.2倍，检举人数为122人，是1990年的12.2倍³⁷。又如三重县内，1999年的外国人犯罪检举件数比1990年增加近250倍，而且75%是巴西人所犯³⁸。

尽管如此，2000年，来日外国人犯罪总检举件数和人数都有减少。总检举件数为30,971件，总检举人数为12,711人。分别比1999年减少3,427件，10.0%，725人，5.4%。其中，特别法犯减少1,239件，13.4%，1,091人，14.6%；刑法犯检举件数减少2,188件，8.7%，但是检举人数增加366人，6.1%。

刑法犯检举件数的减少，主要是车上盗窃检举件数减少2,449件，59.0%。

2、来日外国人凶恶犯检举件数与人数

2000年来日外国人凶恶犯（杀人、强盗、放火、强奸）检举件数为242件，检举人数为318人，比1999年减少25件，9.4%，29人，8.4%。仍然维持在较高水平。

³⁷ 群馬县防犯协会大泉支部ホームページ，
<http://www.sannet.ne.jp/oizumipolice/rainiti.html/>

³⁸ 三重县警察本部，
<http://www.pref.mie.jp/KENKEI/gyousei/kokusai/2.html>

来日外国人犯罪检举件数与检举人数的演变³⁹

年份	总检举件数和人数		特别法犯		刑法犯	
	检举件数	检举人数	检举件数	检举人数	检举件数	检举人数
1990年	6, 345	4, 770	2, 281	1, 792	4, 064	2, 978
1991年	10, 244	7, 270	3, 254	2, 457	6, 990	4, 813
1992年	12, 153	9, 456	4, 696	3, 495	7, 457	5, 961
1993年	19, 671	12, 467	6, 900	5, 191	12, 771	7, 276
1994年	21, 574	13, 576	8, 253	6, 587	13, 321	6, 989
1995年	24, 374	11, 976	7, 161	5, 449	17, 213	6, 527
1996年	27, 414	11, 949	7, 901	5, 923	19, 513	6, 026
1997年	32, 033	13, 883	10, 363	8, 448	21, 670	5, 435
1998年	31, 779	13, 418	10, 090	8, 030	21, 689	5, 382
1999年	34, 398	13, 436	9, 263	7, 473	25, 135	5, 963
2000年	30, 971	12, 711	8, 024	6, 382	22, 947	6, 329

其中，杀人检举件数增加7.3%，检举人数增加8.0%。放火检举件数减少50%，检举人数增加50%。强奸检举件数增加47.4%，检举人数增加22.2%。强盗检举件数减少15.9%，检举人数减少15.1%。

凶恶犯的加害人与被害人属于同一国籍的外国人的，占

³⁹ 日本警察厅，<http://www.npa.go.jp/>

25.5%，加害人与被害人属于不同国籍的外国人的占4.1%，加害人为外国人而被害人为日本人的，占70.4%。

其中，杀人犯罪加害人与被害人属于同一国籍的外国人的占63.0%，强盗犯罪则有78.4%的案件被害人是日本人。

实际上，来日外国人犯罪日渐为日本带来一个全新的社会问题，即来日外国人被害。1999年来日外国人事件被害人数达到8,764人，比1998年增加958人⁴⁰。外国人被害的主要原因可能是在于对于日本的文化与习惯一时不能完全适应，经济基础比较薄弱，集团生活比较多，发生争执的机会也较多。还有外国人犯罪组织内部的纠葛造成被害也比较多。同时由于来日外国人被害人对日本的司法制度了解和信赖的程度有限，价值自身就可能是不法残留者，被害也不告发，导致犯罪暗数化，而得不到应有的救助⁴¹。

来日外国人凶恶犯检举件数与检举人数的演变

年份	1996年	1997年	1998年	1999年	2000年
检举件数	162	187	228	267	242
检举人数	212	213	251	347	328

⁴⁰ 三重县警察本部，
<http://www.pref.mie.jp/KENKEI/gyousei/kokusai/2.html>

⁴¹ 加藤久雄，濑川晃，《刑事政策》，青林书院，1998年4月初版，p363。

3、来日外国人重要盗窃犯的检举件数与人数

重要盗窃犯（入室盗窃、汽车盗窃、抢夺、扒窃）检举件数7, 516件，检举人数916人。分别比1999年增加1, 138件，17.8%，205人，28.8%。

其中入室盗窃为6, 396件，674人，分别比1999年增加1, 652件，34.8%，236人，53.9%。

从国籍别来看，入室盗窃检举数以中国人（香港、台湾除外）为最多。检举的6, 396件中有5, 173件为中国人所犯，占80.9%，检举人员的674人中，有539名是中国人，占80.0%。

巴西人所犯汽车盗窃，占来日外国人检举件数的79.6%，占检举人数的51.1%。而抢夺犯罪中，巴西人与秘鲁人合计占来日外国人检举件数的89.5%，占检举人数的63.6%。

因此可以看出，入室盗窃以中国人为最多，而汽车盗窃和抢夺以南美系外国人为最多。

来日外国人重要盗窃犯检举件数与检举人数的演变

年份	1996年	1997年	1998年	1999年	2000年
检举件数	3, 706	4, 730	5, 444	6, 378	7, 516
检举人数	451	571	655	711	916

盗窃犯罪多发的原因，有分析说是因为盗窃来钱快⁴²，一旦盗窃成功马上就可以回国，叫做“打一枪换个地方”⁴³。

⁴² 冈山县警察本部，<http://www.pref.okayama.jp/kenkei/>

⁴³ ヒット アンド アウェイ，即英文 hit and away 的音译，参见佐贺县警察本部，

4、来日非法居留者犯罪的状况

2000年总检举人员的12,711人中,非法居留者有6,828人,占53.7%。除了依照《出入国管理及难民认定法》和《外国人登录法》而直接取缔并加以检举者外,非法居留者为检举人员7,720人中的2,110人,占36.4%。

来日非法居留人员犯罪检举人数的演变

(以违反《出入国管理及难民认定法》和《外国人登录法》而被检举者除外)

年份	1996年	1997年	1998年	1999年	2000年
总检举人数	7,304	6,886	6,869	7,382	7,720
非法居留者检举人数	2,363	2,051	2,003	3,134	2,110
非法居留者所占比例	32.4%	29.8%	29.2%	28.9%	27.3%

非法居留者犯罪检举人数所占比例较高的是凶恶犯、药事犯。凶恶犯检举人数的318人中有159人为非法居留者,占50.0%。其中非法入国、非法上陆者100人,占62.9%,非法残留

<http://www.saganet.ne.jp/kenkei/osirase/gaikoku/gaikoku3.html>
; 日本学者也有称之为ヒット アンド ラン。即英文hit and run的音译,意思基本相同。参见大塚仁,《新刑事政策入门》,青林书院,1995年10月初版,p384;大谷实,《刑事政策讲义》,弘文堂,1994年10月第4版,p453;泽登俊雄,所一彦,星野周弘,前野育三,《新刑事政策》,日本评论社,1993年10月第1版,p335。

者为59人，占37.1%。药物事犯检举人员的720人中，非法居留者为311人，占43.2%，其中非法入国、非法上陆者101人，占32.5%，非法残留者210人，占67.5%。

凶恶犯、药物事犯的约半数非法居留者所犯。而凶恶犯以非法入国者、非法上陆者居多，药物事犯以非法残留者居多。

四、来日中国人犯罪的状况

1、来日外国人犯罪，亚洲出身者占八成，检举件数中，中国人所犯者过半数

从2000年国籍别检举状况看，来自亚洲各国的人员犯罪检举件数25,308件，占81.7%，比上一年减少2.1%，检举人数10,433人，占82.1%，比上一年减少7.9%。但是两方面的比例仍然都超过八成。

其中，中国人所犯者，检举件数16,784件，占54.2%，比上一年增加8.6%，检举人数为5,189人，占40.8%，比上一年减少3.0%。检举件数超过半数，检举人数占四成以上。

其次，巴西人所犯者，检举件数为3,500件，占11.3%，比上一年减少33.2%，检举人数为855人，占6.7%，比上一年增加10.8%。韩国人所犯者，检举件数3,332件，占10.8%，占10.8%，比上一年减少12.1%，检举人数1,627人，占12.8%，比上一年减少20.2%。

2、检举件数和检举人数中，中国人的构成比例增加

检举件数和检举人数中，中国人的比例年年增加。1996年检举件数占26.7%，大约是总数的四分之一，2000年占54.2%，超过一半。

检举人数在1996年时，所占比例为30.2%，到2000年增长到40.8%。

中国人的构成比例的增加，在刑法犯中更加明显。1996年仅占刑法犯检举件数的29.7%，到2000年增加到61.8%，超过六成。

在有些中国人居住比较集中的地区，情况还要严重。比如在九州地区，2000年来日中国人盗窃犯罪检举件数达到937件，较1999年增加109.0%⁴⁴。

来日外国人犯罪中中国人构成比例的演变

年份	1996年	1997年	1998年	1999年	2000年
总检举件数	26.7%	26.5%	32.9%	44.9%	54.2%
总检举人数	30.2%	35.3%	35.5%	39.8%	40.8%
刑法犯检举件数	29.7%	25.5%	34.3%	48.9%	61.8%
刑法犯检举人数	41.6%	42.7%	42.4%	45.6%	48.0%

3、盗窃犯中中国人检举件数占四分之三

在盗窃犯检举件数的12,902件中，中国人所犯者占76.9%。

⁴⁴ 九州管区警察局, <http://www2.odn.ne.jp/kyukanku/>

而盗窃犯占来日外国人全部犯罪的64.4%，中国人所犯者比例要高10个百分点以上。盗窃针对的对象，主要是量贩店、专门店，尤其是珠宝店，以及入室盗窃等。

五、来日外国人犯罪的发展趋势与特点

1、来日外国人犯罪的团伙化、武装化

2000年刑法犯检举件数的犯罪形态，日本人单独犯罪占83.3%，共同犯罪占16.7%。而外国人犯罪的单独犯罪占50.5%，共同犯罪占49.5%。外国人共同犯罪为日本人的三倍。其中盗窃犯的共同犯罪比例更高，共同犯罪占了53.3%，超过了半数。从凶恶犯来比较，日本人犯罪的共同犯罪比例为22.6%，来日外国人犯罪的共同犯罪比例为39.7%，高出17.1个百分点。历史地比较，来日外国人犯罪中共同犯罪的比例是5年前的2倍左右⁴⁵。

具体分析盗窃犯罪的团伙化倾向，可以看到盗窃犯的共同犯罪中，日本人的二人共同犯罪占71.3%，三人共同犯罪占18.2%，四人以上的共同犯罪占10.5%。而来日外国人犯罪的盗窃犯中，二人共同犯罪占32.7%，三人共同犯罪占34.1%，四人以上共同犯罪占33.3%。可见，来日外国人盗窃犯罪有明显的团伙化倾向。

还有一类不容忽视的犯罪就是外国人地下银行。中国、韩国以及中南美系外国人的地下银行正在为非法打工者提供转移现金的秘密渠道，也成为毒品犯、枪支犯、风俗犯等对其非法收入进

⁴⁵ 冈山县警察本部，<http://www.pref.okayama.jp/kenkei/>

行洗钱的重要工具⁴⁶。这些地下银行往往是由来日外国人和在其本国的同伙进行勾结的结果。

同时，来日外国人持枪犯罪案件时有发生，呈现出武装化的态势。

2、外国人犯罪地域上的扩散

2000年，来日外国人犯罪总检举件数，以发生地域观之，关东管区管辖的犯罪占32.0%，警视厅管辖的犯罪占24.3%，关东中心地带的新泻、山梨、长野、静冈四县发生的犯罪占总检举件数的56.3%，比上一年减少2,689件，2.2个百分点，比上上年减少3,974件，11.1个百分点。

另一方面，与上一年相比，九州管区管辖的犯罪检举件数为2.1倍，中国管区管辖的犯罪检举件数为1.8倍，四国管区管辖的犯罪检举件数为1.6倍。其中以西日本的外国人犯罪检举件数增加显著。

3、来日外国人少年犯问题

2000年，来日外国人犯罪中，从14岁至19岁少年的刑法犯检举件与检举人数来看，检举件数为1,350件，检举人数为664人，与上一年比较，检举件数减少830件，38.1%，检举人数增加65人，10.9%。从国籍别来看，巴西籍少年犯检举件数为857件，占63.5%，检举人数为244人，占36.7%，为最多。中国人少年犯检举件数为204件，占15.1%，检举人数为153人，占23.0%。韩国人少年犯检举件数为82件，占6.1%，检举人数为71人，占

⁴⁶ 三重县警察本部，
<http://www.pref.mie.jp/KENKEI/gyousei/kokusai/2.html/>

10.7%。

由于爱知、三重、静冈等地巴西人居住比较集中，检举件数更多。中国人少年犯多发于东京、千叶、神奈川、爱知等地，韩国少年犯多发于东京、神奈川、千叶等地，秘鲁人少年犯多发于埼玉、神奈川、静冈等地。

4、药物和枪支犯罪

2000年，来日外国人药物事犯检举件数为1,051件，比上一年增加1.2%，检举人数为720人，减少4.5%。从国籍别来看，伊朗人犯罪检举人数为175人，占24.3%，菲律宾人犯罪检举人数为141人，占19.6%，巴西人犯罪检举人数为111人，占15.4%，中国人犯罪检举人数为45人，占6.3%。

其中，伊朗、菲律宾人药事犯检举人数合占43.9%。巴西人该类犯罪检举人数增加49人，79.0%，中国人该类犯罪检举人数增加13人，40.6%均有大幅度增加。

从犯罪的人均件数来看，伊朗人涉嫌该类犯罪检举人员平均2.25件，中国人平均1.33件，韩国人平均1.31件，巴西人平均1.30件，菲律宾人平均1.20件。也就是说，伊朗人更加精于逃避，而难以发觉。菲律宾人比较容易被发觉。

除此以外，由于日本法律对枪支管制比较严格，为了迎合日本国内某些人的需要，也为了攫取更多的利益，外国人走私枪支进入日本的事件也时有发生。而这些枪支用以犯罪，又对社会带

来极大的影响⁴⁷。

5、雇佣关系犯罪

从2000年外国人劳动者（包括永住者等来日外国人）的雇佣关系事犯取缔状况来看，检举件数为342件，检举人数为379人，与上一年比较检举件数减少162件，32.1%，检举人数减少219人，36.6%。

从违反法令别的检举状况来看，违反《出入国管理及难民认定法》的不法就劳动长罪的检举件数为323件，94.4%，检举人数为386人，占97.1%。

在风俗、卖春关系事犯、建设业等单纯劳动关系事犯中，前者检举件数为191件，占55.8%，检举人数为203人，占53.6%，后者检举件数为151件，占44.2%，检举人数为176人，占46.4%。

非法居留的外国人，未经许可在日本工作，本身是一种犯罪。而日本雇主则利用其非法的地位这一弱点，进行剥削，生病和伤害也得不到充分的治疗。在人权立场上看，也是不幸的⁴⁸。因此，日本法律从两方面取缔非法工作和非法雇佣的事件。

6、卖春犯罪

2000年来日外国人违反《卖春防止法》的检举状况是，检举件数280件，检举人数172人，检举件数增加37件，15.2%，检举人数减少12人，6.5%。

⁴⁷ 泽登俊雄，所一彦，星野周弘，前野育三，《新刑事政策》，日本评论社，1993年10月第一版，p334-335。

⁴⁸ 青森县警察本部，
<http://www.police.pref.aomori.jp/keimubu/kouhou/kouhou0904.html>
1/

从国籍别来看，泰国、台湾地区、哥伦比亚、中国、韩国五地，检举件数合占96.4%，检举人数合占94.8%。具体分布，泰国人检举人数为55人，减少28.6%，哥伦比亚人检举人数为41人，增加32.3%，台湾地区人员检举人数29人，减少12.1%，韩国人检举人数为22人，没有增减，中国人检举人数为16人，增加33.3%。

7、偷渡

集团偷渡事件的检举减少。该类事件自1999年6月以后急剧减少。2000年警察以及海上保安厅检举的集团偷渡事件为21件，检举人数为103人，分别比上一年减少23件，52.3%，667人，86.6%。其中，上一年占涉嫌偷渡被检举人数九成的中国人，2000年检举件数为14件，检举人数为80人，占七成，检举件数减少18件，56.2%，检举人数减少621人，88.6%。这可能是中日合作联手打击偷渡事件的成果。1999年初，日本海上保安厅和中国公安部边防局在北京开会，签署了共同打击偷渡犯罪的协议，在外交、法务、海关等环节展开合作，为日本控制这一犯罪现象奠定了基础。

集团偷渡的小规模化趋势。2000年检举件数21件中的19件，都不足10人，呈现显著的小规模化倾向。

以潜伏型偷渡为特征。往年的偷渡一般是在船舱中设隐蔽的房间，以大型偷渡为中心。2000年偷渡的特点是在一般货物船内潜伏二、三人的方式偷渡。

另外，采取伪造护照的手段非法入境的也仍然是主要的偷渡方式。2000年伪造护照非法入国的检举人数为361人，比1999年

的410人减少49人，但是数字仍然很高。从国籍别来看，中国人检举人数为226人，占六成强，韩国人32人。还有以中国企业职员名义，伪装成商务考察团，利用访日机会，在入国后失踪；伪装成航空公司职员，通过专用通道非法入境；中国人伪造日本护照从美国向日本偷渡；伪装成与日本人结婚等等，花样不断翻新。

不法在留罪。2000年2月18日，改正《出入国管理及难民认定法》实行，新设的不法在留罪，在该年度内检举件数为296件，检举人数为218人。其中中国人检举件数为162件，检举人数为105人。

研修生失踪事件，2000年为385人，增加175人，83.3%。从国籍别来看，越南人为201人，占52.2%，增加164.5%，中国人为109人，占28.3%，增加19人，印度尼西亚人为25人，占6.5%，增加4人，菲律宾认为14人，占3.6%，减少2人。385人中，有213人为女性，占55.3%。

8、外国犯罪组织的渗透和外国人犯罪的职业化

从中国组织偷渡客偷渡的国际偷渡组织，被称为蛇头。这个词成为日语借鉴中文的最新和最流行的词语。蛇头是使日本社会对来日外国人犯罪感到忧虑的重要方面之一。他们以向每人收取300至400万日元的报酬⁴⁹组织偷渡使日本社会凭添了许多非法居民，他们与日本的暴力团联手进行偷渡使偷渡犯罪本土化⁵⁰和商

⁴⁹九州管区警察局，<http://www2.odn.ne.jp/kyukanku/>

⁵⁰ 冈山县警察本部，<http://www.pref.okayama.jp/kenkei/>；东京都生活安全情报，<http://www.keishicho.metro.tokyo.jp/seian/>；每日新闻，<http://www.mainichi.co.jp/news/selection/archive/200103/22/0322e026-400.html/>

业化⁵¹，他们组织偷渡来的非法移民为了生活，或者说为了赚钱不得不非法打工、盗窃、强盗、洗钱，他们为了索取偷渡佣金而进行杀人、绑架，他们对于来日其他外国人、日本人实施强盗致伤事件⁵²，他们之间进行争斗、发生火并、互相残杀⁵³。

最近，他们又变换手法，采取先让偷渡者预付少量报酬，增大成功报酬额度，以偷渡者对自己的金钱更加容易把握为诱饵，吸引更多的人参加偷渡⁵⁴。

香港的三合会，是以中国的传统秘密结社为源流的香港犯罪组织，不仅组织其成员秘密出入日本，而且在日本进行强盗、盗窃宝石类商店等、伪造信用卡和使用伪造的信用卡进行诈骗等事件。

俄罗斯的黑手党在日本盗窃汽车，走私到俄罗斯，还从事走私海产品的活动。韩国的扒窃团，伊朗人的毒品走私集团，也给日本社会排除来日外国人犯罪的努力造成了更加复杂的困难⁵⁵。

六、结语

来日外国人犯罪还在演变过程中。这是日本国际化过程中的一个副产品。它已经成为引起日本社会恐慌和仇视，迫切需要做出对

⁵¹ 九州管区警察局，<http://www2.odn.ne.jp/kyukanku/>

⁵² 冈山县警察本部，<http://www.pref.okayama.jp/kenkei/>

⁵³ 九州管区警察局，<http://www2.odn.ne.jp/kyukanku/>

⁵⁴ 九州管区警察局，<http://www2.odn.ne.jp/kyukanku/>

⁵⁵ 茨城县商工会议所，<http://www.inetcci.or.jp/~katsuta/police/police7-09.html/>，以及
兵库县警察本部，<http://www.police.pref.hyogo.jp/>

策的一个问题。日本既不能放弃国际化，又不能吞下摘掉其安全国家称号的苦果。在这种情况下，寻求有关国家的理解和合作，仍然会有助于这一问题的解决。从司法的立场，而不是从种族主义的立场，来考察这一问题，相关各国也应当为自己的国民危害日本社会安宁的行为采取积极的应对措施。从对日关系的角度，以及从维护自己国民总体在日本的尊严和利益的角度出发，也应当行动起来，进行合作。

国际合作的一个方面，就是通过国际刑事警察组织（ICPO），以成员国相互的合作而防范国际犯罪，对其中处理难度较大的国际犯罪案件进行调查、通缉、信息交换和侦查合作

⁵⁶。

⁵⁶ 泽登俊雄，所一彦，星野周弘，前野育三，《新刑事政策》，日本评论社，1993年10月第一版，p336。

国际背景下的日本犯罪状况

Criminal Situation of Japan: An International Comparison

一、导言

近年来，日本屡屡发生重大刑事案件。作为号称世界第一安全发达国家的日本，安全神话受到挑战。

回顾日本犯罪50年，也经过了与犯罪作战的艰辛历程。战后初期，日本社会极端混乱，街头犯罪十分猖獗。继之以日本共产党的武装革命路线而发起的形形色色的破坏事件，包括五一事件，以及全国各地发生的多起破坏治安的事件。20世纪60年代以后，新左派、过激派又制造了一系列的事件，包括联合赤军事件，他们进行企业爆炸，或者炸毁政府机关，比如北海道厅爆炸事件等多起爆炸事件。后来，日本迎来了一个比较安定的时期。

但是近年来发生的一系列犯罪事件，又使日本社会笼罩上了一层不祥的阴影。日本经济已经处于萧条期了，社会动荡会不会加剧？生活会不会滑坡？人们陷入些许恐慌，国际社会也关注著

日本的犯罪态势。

二、战后犯罪的演变

日本战后犯罪的增减情况，可以用统计数字加以说明。我们采用日本官方统计的1946年至1999年的数字进行归纳。日本的统计数字称为刑法犯的认知件数，即就是刑法中规定的犯罪；另外还划分出除了涉及交通的业务过失犯罪之外的刑法犯。涉及交通的业务过失犯罪，是交通事故造成人员伤亡的情况。这种过失犯在战后逐渐增加。不过，过失造成的交通事故与普通犯罪比较，性质迥异，进行历年比较或者国际比较的情况下，一般作除外处理，而利用除外的数字。认知件数是警察掌握的件数。实际认知件数之外，未被警察掌握的件数，即犯罪暗数也大量存在。这两者合计的数字才是实际发生件数。但是犯罪暗数又是不知道的，不能计算在内。明确的数字只是认知件数，在比较犯罪增减时，只能以认知件数作为发生件数来加以考察。在理论上，假定认知件数与犯罪暗数的比例每年基本不变的话，利用认知件数，进行历年比较，也是可行的。还有，杀人、强盗之类的犯罪，暗数很少或者基本没有；而与此相对比，盗窃罪这样的犯罪暗数则非常多。而且暗数与认知件数之间的比例关系每年也存在变化。因此，人们都是在这个前提下，对于除了涉及交通的业务过失犯罪之外的刑法犯的大体趋势进行分析。

首先看实际数字。1948年至1950年，犯罪总数为每年140万件以上不满160万件，是一次犯罪高峰。1973年、1974年减少至

每年120万件左右。此后又渐增，而且增加的趋势很少有所改变。1985年创历史记录的160万件，1988年、1989年、1992年、1993年、1994年，以及1996年至2000年的五年间，都是每年改写历史记录，是又一次犯罪高峰。1998年达到200万件以上，1999年为216万件，2000年为244万件。同时，因为人口每年也有增加，所以以人口比来看，增减的倾向上有所不同。刑法犯发生率，即每10万人口中的犯罪认知件数。1948年是2000件的历史最高纪录。1973年、1974年不足1100件，只有其半数。之后又逐渐上升，1971年至1980年在1100件以上不满1200件之间波动。但是自1980年以来又进入了上升通道。1989年重返1300件以上，1993年重返1400件以上，1997年重返1500件以上，以后每年增加100左右，2000年较之1999年更增加216，创下1925.5战后第三高位。

另外需要指出的是，1975年以后犯罪增加，基本上是盗窃罪增加了，而在盗窃罪增加的同时，重大强盗、杀人、强奸等却有相对减少的趋势。1999年除了交通犯罪以外的刑法犯检举率，为33.3%，比上一年下降4.2个百分点，创战后最低纪录。因此，从某个角度上看，也可以说，犯罪并不一定增加了。

详细地考察检举件数和检举率。战后1950年为99万件的记录，而从1946年至1965年在80万件以上不满100万件之间波动。1965年之后开始出现下降趋势，从1966年起，至1979年止，运行在60万件以上不满80万件这个台阶。1980年重返80万件以上，1982年重返90万件以上，1984年、1985年、1987年均为100万件的历史高点，而1986年也达到99万件以上。这四年可以说是检举

件数上的一次高峰。之后，1988年开始大幅下降，1989年至今，运行在63万件以上不满78万件的区间，1999年仅为73万件，而2000年创历史低位，仅为57.6万件。

从检举率的变化来看，1953年为历史高点的70.4%，之后至1965年均在66%至70%的狭窄区间波动，1966年至1978年下降了一个台阶，为55.5%至59.8%之间。1983年至1988年上升到60%至65%之间。1990年陡然下降为46.2%，再下降通道中运行到1999年仅为33.8%，而2000年再降一个台阶，仅为23.6%。

检举件数的减少和检举率的下降，反映了两种可能，一是严重犯罪减少，二是警方采取了更加宽松的政策。这需要通过其他数据进一步加以考察。

更进一步加以验证的方法之一是，对于监狱关押人数与比率的比较。第二表左侧，总平均人数，是指监狱或者拘役所两种设施内关押人员的1日平均数。1年365天，每日出入监狱人数有别，取其平均数字。以次看来，1950年为10万人，至1975年左右减少为半数。其后又渐增，20世纪80年代后半叶达到一个高峰，然后又递减。再以人口比加以衡量，即每10万人中的每日平均收容人数。1950年为124人，到1975年为41人，仅为三分之一。后有所上升，而后又下降，1992年、1993年、1994年为36人左右，创战后最低纪录。犯罪数增加，而监禁人数减少，是因为重大犯罪减少的缘故。但是，1995年至1999年又成递增趋势，1999年达到42.58，这个数字仍然是较低的。

三、犯罪发生率的国际比较

对犯罪发生件数与认知件数具有确实统计的国家很少。除了与欧美诸国比较之外，别无它法。根据1991年和1992年的数据对6个国家的犯罪率进行比较，主要犯罪的发生率，即每10万人的犯罪认知件数。1992年美国是5,699，英国是10,000，德国是7,800，法国是6,600，瑞典是12,000，日本是1,400，犯罪统计方法在国与国之间大不相同，采用什么样的犯罪统计标准，采用什么样的行为是犯罪的犯罪定义，世界各国大不相同。最重要的是统计方法与准确性的差异。因此，外国的统计与日本的统计，单纯比较其数字是非常危险的，日本的1,400件，与数倍于日本的外国相互比较，是存在很大的差异的。这些数字反映的是10年以前的情况。根据少数几个国家的较新的数据来看，1998年瑞典的犯罪率为13,450，丹麦为9,410，意大利为4,210，西班牙为2,230，而日本2000年还不足2,000。从这个角度来推论，日本的犯罪率还是比较低的。

当然，犯罪暗数也是很重要的问题。各国犯罪暗数也不相同。如果日本的犯罪暗数多，1,925这个数字也可能增加一些。犯罪暗数的掌握方法，是通过被害调查进行的。英语中为 victimization survey。美国每年都大规模展开该项调查。简单地说，就是向1万个家庭发出调查表，去年1年间或者过去几年有没有遭受犯罪侵害，有的话，是什么样的犯罪，向警察报告过没有。1万个家庭得到的回答，推及几百万，几千万，而加以计算，全国的犯罪就可能加以推定了。

1991年，欧洲11国，加上美国、加拿大、澳大利亚共14个国

家，进行被害调查，并进行国际比较。日本没有参加。调查结果出来后，日本警察当局认为也有必要进行调查，于是委托了都市防犯研究中心调查，采用欧美14国的同种方法，对同样调查项目进行被害调查，其结果整理为《关于犯罪被害者事态调查的调查报告书》。调查的犯罪，包括汽车盗窃、摩托车盗窃、自行车盗窃、汽车内物品盗窃、入室盗窃、入室盗窃未遂、从人身进行盗窃（扒窃、抢夺）、强奸、破坏汽车行为、伤害等共14种犯罪。与其他国家比较，除了摩托车盗窃与自行车盗窃之外，其他犯罪都是最低。

事隔10年，2000年日本法务综合研究所进行了所称得第一回被害实态（暗数）调查结果，是2000年日本参加UNRCRI联合国犯罪司法研究所第四回国际犯罪实态调查的结果。该次调查全世界共有33国参加。日本从全国各地任意抽选了16岁以上男女共3,000人，对其个人以及他们的家庭进行调查。在全国209个地方，每个地方8到16人，于2000年2月4日至2月19日期间实行。收回2,211人的回答，其中男1,073人，占48.5%，女1,138人，占51.5%，回答率73.7%。

从该次被害实态（暗数）调查的结果来看，过去五年间日本被害率较高的是自行车盗窃、汽车破坏和摩托车盗窃，均在10%以上。而较低的则是强盗及强盗未遂、汽车盗窃和暴行、胁迫。1999年被害率较高的和较低的，仍是上述五年间被害率较高和较低的犯罪。而在1999年两次以上被害的，首数性暴行，其次是非法侵入未遂、非法侵入、汽车破坏和暴行、胁迫。申告率较高的是摩托车盗窃、非法侵入和汽车盗窃，均在60%以上。申告率较

低的是性暴行。只有9.7%，其次是破坏、暴行与胁迫，均在20%左右。

这次调查表明，在日本与美国、加拿大、英国、法国、荷兰、瑞士、瑞典、芬兰七国的比较中，家庭犯罪被害各项指标，日本的汽车盗窃、车上盗窃和汽车破坏被害率都是最低的，非法侵入、非法侵入未遂仅比芬兰略高。而摩托车盗窃和自行车盗窃则居于比较高的位置。个人犯罪被害各项指标，强盗、盗窃、暴行与胁迫均属最低，只有性暴行比法国略高。

四、监狱人口的国际比较

前述监狱人口，是不是可以作为对犯罪的量、质或者对之进行评价的考察的尺度呢？以此进行国际比较，也是有意义的。前面谈到进行国际比较，比较有关犯罪认知件数的统计数字时，问题很多。

对此，最简单的方法之一就是监狱关押人数有多少，数一数数字就出来了。因为数人数是简单正确的方法。世界上有三个国家的监狱总人数在100万人以上，就是美国、中国和俄罗斯。总人口多于日本的国家只有7个，而监狱关押人数多于日本的国家有23个。这个数字本身说明不了多少问题，它的价值需要按照人口比来再定位。

监狱人口的人口比，是监狱关押总人数与每10万人口的比值。根据1999年英国的统计资料，俄罗斯为685，美国为645，开

曼群岛为575，贝劳为505，哈萨克斯坦为495，伯立兹为490，巴哈马为485，新加坡为465，吉尔吉斯斯坦为440，乌克兰为415，拉脱维亚为410，土库曼斯坦为400。这些是每10万人400以上的国家。在300以上不满400的层次，有16个国家，在200以上不满300的层次，有20个国家，在100以上不满200的层次，有64个国家，在不满100的层次，有67个国家，其中比日本（40，1997年）还低的，有11个国家，分别是印度尼西亚（20）、印度（25）、莫桑比克、海地、柬埔寨、阿尔巴尼亚、波斯尼亚与黑塞哥维那、尼泊尔、菲律宾（均为30）、孟加拉国、塞浦路斯（以上均为35）。总的来看，全世界180个国家和地区监狱人口比高于日本的占89.44%，和日本同处于一个水平的共8个国家，占4.44%，低于日本的国家占6.11%。所以日本处于全世界监狱人口比最低的10%左右的国家之列。而且，监狱人口比最高的国家与日本相比较，最高的俄罗斯为日本的17倍，美国为日本的16倍。虽然1999年日本上升到43人，如果放到同一个统计资料中去衡量的话，基本定位并没有发生变化。

五、基本结论

从上述各项指标全面地看，日本社会还是一个安全的社会，仍然可以称得上世界上最安全的发达国家，这个地位并没有变化。

附录：日本的犯罪统计资料

第一表 日本1946年至1999年刑法犯认知件数、发生率、检举件数、检举率

年次	认知件数		发生率		检举件数		检举率		总人口 (单位：千人)
	刑法犯	交通犯罪除外	刑法犯	交通犯罪除外	刑法犯	交通犯罪除外	刑法犯	交通犯罪除外	
1946年	1, 387, 080	1, 384, 222	1, 897	1, 893	803, 264	800, 431	57. 9	57. 8	73, 114
1947年	1, 386, 020	1, 382, 210	1, 775	1, 770	697, 585	693, 845	50. 3	50. 2	78, 101
1948年	1, 603, 265	1, 599, 968	2, 004	2, 000	811, 907	808, 619	50. 6	50. 5	80, 003
1949年	1, 603, 048	1, 597, 891	1, 960	1, 954	925, 996	920, 855	57. 8	57. 6	81, 773
1950年	1, 469, 662	1, 461, 044	1, 766	1, 756	999, 709	991, 107	68. 0	67. 8	83, 200
1951年	1, 399, 184	1, 387, 289	1, 655	1, 641	974, 330	962, 455	69. 6	69. 4	84, 541
1952年	1, 395, 197	1, 377, 273	1, 626	1, 605	949, 754	931, 863	68. 1	67. 7	85, 808
1953年	1, 344, 482	1, 317, 141	1, 546	1, 514	954, 261	927, 012	71. 0	70. 4	86, 981
1954年	1, 360, 405	1, 324, 333	1, 542	1, 501	952, 797	916, 804	70. 0	69. 2	88, 239
1955年	1, 478, 202	1, 435, 652	1, 656	1, 608	1, 011, 086	968, 626	68. 4	67. 5	89, 276
1956年	1, 410, 441	1, 354, 102	1, 564	1, 502	898, 852	842, 659	63. 7	62. 2	90, 172
1957年	1, 426, 029	1, 354, 429	1, 568	1, 490	909, 603	838, 210	63. 8	61. 9	90, 928
1958年	1, 440, 259	1, 353, 930	1, 569	1, 475	904, 966	818, 715	62. 8	60. 5	91, 767
1959年	1, 483, 258	1, 382, 792	1, 601	1, 493	925, 878	825, 511	62. 4	59. 7	92, 641

1960年	1, 495, 888	1, 378, 817	1, 601	1, 476	958, 629	841, 718	64. 1	61. 0	93, 419
1961年	1, 530, 464	1, 400, 915	1, 623	1, 486	1, 019, 963	892, 547	66. 6	63. 7	94, 287
1962年	1, 522, 480	1, 384, 784	1, 600	1, 455	1, 022, 512	885, 465	67. 2	63. 9	95, 181
1963年	1, 557, 803	1, 377, 476	1, 620	1, 433	1, 045, 417	868, 207	67. 1	63. 0	96, 156
1964年	1, 609, 741	1, 385, 358	1, 656	1, 426	1, 107, 374	885, 168	68. 8	63. 9	97, 182
1965年	1, 602, 430	1, 343, 625	1, 631	1, 367	1, 069, 617	812, 996	66. 7	60. 5	98, 275
1966年	1, 590, 681	1, 293, 877	1, 606	1, 306	1, 051, 608	756, 230	66. 1	58. 4	99, 036
1967年	1, 603, 471	1, 219, 840	1, 600	1, 217	1, 077, 103	692, 913	67. 2	56. 8	100, 196
1968年	1, 742, 479	1, 234, 198	1, 720	1, 218	1, 205, 371	697, 407	69. 2	56. 5	101, 331
1969年	1, 848, 740	1, 253, 950	1, 803	1, 223	1, 269, 193	675, 183	68. 7	53. 8	102, 536
1970年	1, 932, 401	1, 279, 787	1, 863	1, 234	1, 362, 692	710, 078	70. 5	55. 5	103, 720
1971年	1, 875, 383	1, 244, 168	1, 784	1, 183	1, 321, 242	690, 027	70. 5	55. 5	105, 145
1972年	1, 818, 088	1, 223, 546	1, 690	1, 137	1, 294, 920	700, 378	71. 2	57. 2	107, 595
1973年	1, 728, 741	1, 190, 549	1, 584	1, 091	1, 226, 520	688, 328	70. 9	57. 8	109, 104
1974年	1, 671, 965	1, 211, 005	1, 512	1, 095	1, 157, 495	696, 535	69. 2	57. 5	110, 573
1975年	1, 673, 755	1, 234, 307	1, 495	1, 103	1, 152, 479	713, 031	68. 9	57. 8	111, 940
1976年	1, 691, 247	1, 247, 631	1, 495	1, 103	1, 186, 664	743, 048	70. 2	59. 6	113, 094
1977年	1, 705, 034	1, 268, 430	1, 493	1, 111	1, 160, 113	723, 509	68. 0	57. 0	114, 165
1978年	1, 776, 843	1, 336, 922	1, 543	1, 161	1, 219, 618	779, 697	68. 6	58. 3	115, 190
1979年	1, 738, 452	1, 289, 405	1, 497	1, 110	1, 214, 992	765, 945	69. 9	59. 4	116, 155

1980年	1, 812, 798	1, 357, 461	1, 549	1, 160	1, 266, 526	811, 189	69. 9	59. 8	117, 060
1981年	1, 925, 836	1, 463, 228	1, 633	1, 241	1, 333, 121	870, 513	69. 2	59. 5	117, 902
1982年	2, 005, 319	1, 528, 779	1, 689	1, 288	1, 392, 598	916, 058	69. 4	59. 9	118, 728
1983年	2, 039, 209	1, 540, 717	1, 706	1, 289	1, 427, 813	929, 321	70. 0	60. 3	119, 536
1984年	2, 080, 323	1, 588, 693	1, 729	1, 321	1, 494, 553	1, 002, 923	71. 8	63. 1	120, 305
1985年	2, 121, 444	1, 607, 697	1, 753	1, 328	1, 546, 626	1, 032, 879	72. 9	64. 2	121, 049
1986年	2, 124, 272	1, 581, 411	1, 746	1, 300	1, 533, 511	990, 650	72. 2	62. 6	121, 660
1987年	2, 132, 617	1, 577, 954	1, 745	1, 291	1, 566, 739	1, 012, 076	73. 5	64. 1	122, 239
1988年	2, 207, 380	1, 641, 310	1, 798	1, 337	1, 548, 235	982, 165	70. 1	59. 8	122, 745
1989年	2, 261, 076	1, 673, 268	1, 835	1, 358	1, 360, 128	772, 320	60. 2	46. 2	123, 205
1990年	2, 217, 559	1, 636, 628	1, 794	1, 324	1, 273, 524	692, 593	57. 4	42. 3	123, 611
1991年	2, 284, 401	1, 707, 877	1, 841	1, 376	1, 231, 062	654, 538	53. 9	38. 3	124, 101
1992年	2, 355, 504	1, 742, 366	1, 891	1, 399	1, 249, 428	636, 290	53. 0	36. 5	124, 567
1993年	2, 437, 252	1, 801, 150	1, 951	1, 442	1, 359, 712	723, 610	55. 8	40. 2	124, 938
1994年]	2, 426, 694	1, 784, 432	1, 937	1, 425	1, 410, 106	767, 844	58. 1	43. 0	125, 265
1995年	2, 435, 983	1, 782, 944	1, 940	1, 420	1, 406, 213	753, 174	57. 7	42. 2	125, 570
1996年	2, 465, 503	1, 812, 119	1, 959	1, 440	1, 389, 265	735, 881	56. 3	40. 6	125, 864
1997年	2, 518, 074	1, 899, 564	1, 996	1, 506	1, 378, 119	759, 609	54. 7	40. 0	126, 166
1998年	2, 690, 267	2, 033, 546	2, 127	1, 608	1, 429, 003	772, 282	53. 1	38. 0	126, 486
1999年	2, 904, 051	2, 165, 626	2, 292	1, 709	1, 469, 709	731, 284	50. 6	33. 8	126, 686

（附）2000年交通犯罪除外的犯罪认知件数为2，443，470

件，犯罪发生率为1, 925. 5，检举件数为576, 771件，检举率为23. 6。

第二表 日本1950年至1999年行刑设施1日平均收容人员及人口比

年次	总平均人员	人口比
1950	103, 170	124
1955	81, 868	92
1960	75, 821	81
1965	63, 515	65
1970	49, 209	47
1975	45, 690	41
1980	50, 596	43
1985	55, 263	46
1986	55, 348	45
1987	55, 210	45
1988	54, 344	45
1989	51, 829	42
1990	48, 243	39
1991	45, 749	37
1992	44, 876	36
1993	45, 057	36
1994	45, 573	36
1995	46, 535	37

1996	48, 395	38
1997	50, 091	39
1998	51, 986	41
1999	53, 947	43

第三表 日本2000年犯罪被害实态调查结果

犯罪类型	过去5年间被害情况	1999年被害情况 (其中1999年两次以上被害)	申告率	不知道申告与否
汽车盗窃	0.7%	0.2%	61.5%	30.8%
汽车上盗窃	5.7%	1.6%	41.0%	4.6%
汽车破坏	16.8%	4.8% (23.9%)	20.9%	2.2%
摩托车盗窃	12.4%	2.8%	72.7%	8.0%
自行车盗窃	27.3%	7.9% (19.1%)	36.1%	6.1%
非法侵入	4.1%	1.2% (29.6%)	61.1%	4.4%
非法侵入未遂	2.6%	0.8% (41.2%)	36.2%	20.7%
强盗及强盗未遂	0.6%	0.0%	30.8%	23.1%
扒窃等盗窃	2.7%	0.5%	43.3%	10.0%
性暴行	2.7%	1.0% (54.5%)	9.7%	3.2%
暴行、胁迫	2.1%	0.4% (22.2%)	21.3%	19.1%

第四表 国别家庭被害及个人被害的被害率之比较

1. 家庭犯罪被害									
	日本	美国	加拿大	英国	法国	荷兰	瑞士	瑞典	芬兰
汽车盗窃	0.2	2.1	1.7	3.0	1.8	0.4	0.1	1.5	0.6
车上盗窃	1.6	8.2	6.9	9.7	8.3	6.6	3.7	6.0	3.7
汽车破坏	4.8	7.3	7.0	12.5	9.5	12.0	8.7	5.7	5.3
摩托车盗窃	2.8	1.0	0.8	2.3	4.2	3.2	4.3	2.3	1.3
自行车盗窃	7.9	5.1	4.7	6.0	4.4	10.2	9.0	9.7	5.6
非法侵入	1.2	2.6	3.4	3.0	2.4	2.6	1.3	1.3	0.6
非法侵入未遂	0.8	3.0	2.8	3.4	2.2	3.3	1.1	1.1	0.7
2. 个人犯罪被害									
	日本	美国	加拿大	英国	法国	荷兰	瑞士	瑞典	芬兰
强盗	0.0	1.3	1.2	1.4	1.0	0.6	0.9	0.5	0.5
盗窃	0.5	3.9	5.7	5.0	4.0	6.8	5.7	4.6	3.2
性的暴行	1.0	2.5	2.7	2.0	0.9	3.6	4.6	2.9	2.6
暴行、胁迫	0.4	5.7	4.0	5.9	3.9	4.0	3.1	4.5	4.1
注:日本的数值来源于2000年的被害率(第四次ICVS),其他国家的数值来源于1996年的被害率(第三次ICVS)。									

英国刑法的渊源述评

Review of Sources of English Criminal Law

一、英国刑法的普通法渊源

英国刑法的最重要的渊源是普通法，又称习惯法(customary law)或者判例法，就是由习惯和判例形成的法律。在古代英国，没有适用于全国的统一的法律，而各个地方的习惯又各有不同。自1066年诺曼第公爵威廉征服盎格鲁-撒克逊人以后，建立了皇家法院(Curia Regis)，审理严重的犯罪案件，其判例逐渐代替了过去一地方法院判决为基础而形成的习惯规则，并由此将各地所遵守的习惯加以统一，逐渐形成了普通法，所谓普通，就是通行于全国的普通习惯。普通习惯成为法律，并作为判断案件的根据，制作判决，如果以后再发生同样案情的案件，前案的判决，就可以具有法律效力。普通法，正是由此而形成。由于普通法在英国早已独立成为一个系统，当罗马法在欧洲盛行的时候，尽管罗马法的势力胜于英国法，罗马法的内容也优于英国法，但是英国法仍然独立于欧洲，不仅不为罗马法系所同化，而且日益盛行于世界各地，逐渐成为世界上独立法系之一——英美法系(Anglo-American legal system)。

布莱克斯顿曾经说过：“英国之法律的主要基石，是一般的和古老的习

惯，或谓之普通法，在法院的判决中不时地公布出来……”可见，刑法的渊源最早就是司法判决和先例的早期习惯。在最早的普通法犯罪中，就有了那些危及社会基础而往往处以死刑和没收财产之刑的严重犯罪。比如：谋杀罪，强奸罪，盗窃罪。

随着普通法的发展，逐渐产生了依据解释(interpretation)和参考先前判例而判决案件的实践，往往通过扩展已有之罪的范围而创设新的罪名。解释，实际上是对刑法精神的探求。在有法律规范的情况下，规范的含义，一般情况下是易于了解、把握的，然而由于刑法规范具有高度概括性，其中的一些意义，有不同于普通语言意思的含义，只有通过解释才能确切理解立法精神之已达。加之，以不变之法应万变之罪，难免疏漏，解释可以弥补立法原意之未及。加之英国早期刑法规范的欠缺，尤其重视对于刑法精神的探求，也就是更多学者的解释。另外，先前的判决，也为法官定罪量刑提供了大量宝贵的经验，丰富了刑法的渊源。正如布莱克斯顿在《英国法释义》中所说：“法律知识来源于经验和学习，所以法官应当遵循前例(stare decisis)。……但是为了符合新的经验，规则必须有例外，为了符合现实，先前的规则也可以作相反的考虑。……因而，除非显然荒谬或者不公正，前例和规则必须被遵循。”

但是，普通法作为刑法的基础，并没有形成抽象的原则，二是建立在具体的案件和特定的犯罪之上。主要的侵犯人身罪和侵犯财产罪就是法官建立刑法的基础。¹其中最主要的是谋杀罪和盗窃罪。谋杀罪虽然罕见，但它是最严重的犯罪之一，成为刑事责任的基本观念的试验场，扮演了发展功能。盗窃罪则是每天都光顾法庭的犯罪，审判最为频繁。

普通法因为它最初由习惯性实践所形成，所以常常被称为不成文法。其

¹ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p3.

实，在普通法的发展过程中出现了许许多多经过整理的成文的东西。早在十一世纪，对犯罪的控告活动就被定期地编制成册，题名为“君王诉讼”

(Pleas of Crown，就是刑事诉讼)，其中有对犯罪的构成要件的记述。此外，通常的犯罪已经收录进早期撒克逊和诺曼底国王敕令汇编中。因此，惩治犯罪的普通法或普通法罪的具体定义并不是不可查明的，也不是没有特定内容或者精确含义的。同时，刑法学家的著述，也堪称刑法规范的集大成者。这就使我们不难明白，尽管早期英国法学教科书中对刑法的书面阐述不具有法律上的约束力，但是有的历来仍被认为具有很强的劝导力

(persuasive authority)。¹比如，爱德华·柯克爵士(Sir Edward Coke)所著《英格兰法学总论》第3卷(1642年)，²马修·黑尔爵士(Sir Matthew Hale)所著《刑事诉讼史》(1678年)，霍金斯(Hawkins)所著《刑事诉讼》(1716年-1721年)，³麦克尔福斯特爵士(Sir Michael Fost)所著《刑法》(1762年)，⁴威廉·布莱克斯顿爵士(Sir William Blackstone)所著《英国法释义》第四卷(1769年)，⁵爱德华·海德·伊斯特爵士(Sir Edward Hyde East)所著《刑事诉讼》(1803年)⁶等，收集了英国的刑事法律，并且在他们的论文汇编中包含了许多惩治犯罪的判例、规则以及他们自己的评论和解释。这些著作大大促进了普通法的发展，使普通法上刑法的原理、原则逐步得以成形，在一定意义上这些著作是刑法的普通法渊源的重要成分。普通上的一些犯罪，现在已经被编纂成典，以制定法的形式确定下来，比如

¹ Cross & Jones, *An Introduction to Criminal Law*, by Richard Card, 10th edn, 1984, Butterworths, p11.

² Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. I [4 vols], (1797).

³ W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, Vol I [2 vols], 8th edn. (1795) by J. Curwood.

⁴ Sir Michael Foster, *A Report on Crown Cases and Discourses on the Crown Law*, 3rd edn. (1792) by M. Dodson.

⁵ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol I [4 vols], 17th edn. (1830) by E. Christian.

⁶ Edward Hyde East, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, Vol I [2 vols], (1803).

1861年的《侵犯人身罪法》，1959年的《性犯罪法》等，都是这方面的典型例证。

遵循前例原则的价值，是不容否定的。人们常常以自己本身或者自己国家的眼光审视英国，而提出种种的猜疑和责难。了解英国历史的人都非常明白，为什么英国的法官首先要求德行好，为什么英国的法官首先是法学家，为什么法官的判决可以垂范久远，成百上千年的历史考验多不能有所更改。如果我们扪心自问，我们的司法充斥的滥用职权、徇私舞弊、贪赃枉法，却缺乏后人的监督，很少有法官的论述成为后人奉行的宝典，而往往有的因为强词夺理束之高阁，或者牵强附会难以见人，甚至因为栽赃陷害而备受指责。凡是不实行判例法的国家，就有有意无意纵容法官腐败和妄为的倾向。加之立法机关的立法也没有垂范久远的追求，全民丧失公正的理想。不义肆虐，邪恶盛行，而冤屈者只能饮恨，不能奔走请命。因为法就是徒劳的象征。反之，如果说判例法有什么价值，最大的价值就是作为先例的判决维护了正义，经得起考验。“普通法的语言，特定的原则、法规和权威性判例无不充满诸如‘公正的’，‘有理的’，‘合适的’，‘正确的’，‘常理的’和正义之类的词汇；法官被自己的誓言和国家的法律责成去‘主持公道’，去‘公正地处理’。”¹

二、英国刑法的制定法渊源

英国刑法的第二种重要的渊源是制定法，也称成文法（written law），就是由立法机关将普通法的原则用条文加以规定的法律。英国在没有实行议会制以前，制定法就是国王的命令；实行议会制以后，所有的法律草案必须由议

¹ 郑汝纯《普通法之正义意识》，《比较法研究》1998年第12卷，第4期。

会两院分别通过再由英王批准，才成为法律。在十八世纪以前，英国的立法数量极少，法院所适用的法律大部分还是普通法，制定法不过是一些枝枝节节的东西。英国的制定法是因习惯而存在，没有习惯法，则制定法就成为毫无意义的东西。如果英国没有习惯法而只有制定法，就不仅只有一些不连贯的法律，有上文无下文，而且有很多关于生活的问题，找不到法律规定。从十八世纪起，制定法才有所发展。自十九世纪以来，英国在刑事方面的法律就有好几千个，已超过中世纪的全部立法。

英国议会从1215年颁布《大宪章》之后，陆续制定了各种法令。如1351年的《叛逆罪法》，1494年的《夜间偷猎罪法》，1721年的《海盗罪法》等等。18世纪后开始颁布了一些关于刑事审判方面的法令，如1806年的《证人法》，1865年的《刑事诉讼法令》等。刑法方面的法令，则日渐增多，当然全是单行法令，并无完备的法典。现在，大多数犯罪是由制定法规定的，比如1911年《伪证罪法》，1981年《伪造文书罪和伪造货币罪法》，即是如此。有的制定法已经完全取代了普通法上对于某些犯罪规定，比如1968年的《盗窃罪法》。制定法可以创设全新的罪名，比如1971年的《劫持法》。¹

当然，在制定法不改变普通法情况下，普通法继续有效。普通法中还有许多内容尚未形成制定法。因此，普通法仍然是英国刑法的重要渊源，与制定法相辅相成，仍然决定着英国刑法的根本性质。反过来，由于制定法毕竟是在普通法基础上所发生的东西，“也是普通法的说明，或者是普通法中某些不足之处的修补”（布莱克斯顿），因此，在两者发生冲突时，制定法优先被适用。

¹ 现在已经被1982年的《航空安全法》所取代。er gaifa yijing jingguo 1990nian hangkong yu hangmai anquan fa(Aviation and Maritime Security Act 1990, 2001nian fan kongbuzhuyi, fanfanzui he anquan fa(Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001), suo xiugai.). (available at: <http://www.aviation.dft.gov.uk/transec/01.htm> (accessed on 29 January 2003)).

英国刑法中还有一种类似于制定法，又不同于制定法的渊源，即委托立法(delegated legislation)。犯罪可以由法令文件和地方法创设，这种权力受之于议会。所以，也称之为委托立法。

在英国刑法史上，曾经有过将制定法和案例上的某些内容法典化的努力。比如，1861年的《侵犯人身罪法》(Offences Against Person Act 1861)。然而可以说，在普通法源远流长、制定法后来居上的英国，创制一部统一的刑法典的目标仍然是遥远的。因此，现在如果要查明英国的刑法，没有一部步统一的法典作为依据，而要依赖于普通法、制定法，以及由委托立法而产生的法令文件中。这就决定了英国刑法的体系，相对于大陆法系各国刑法而言，仿佛是支离破碎的。但是，作为一个具有自己特色的古老的法律体系，其理论、其内容是成熟的、完备的、合理的，甚至可以说是务实的、科学的，足资其他各国法制的借鉴。

三、关于司法立法的争论

司法解释在英国刑法的发展当中所起的作用是巨大的。问题是，现在仍然有公布新法律的司法权吗？如果有，那么这种权力有多广泛？

在19世纪资产阶级革命过程中，西方各国先后实行法制原则，体现在刑法领域即罪刑法定主义。在英国刑法中，也奉行罪刑法定主义，即“Nullum crimen sine lege”（法无明文规定不为罪）和“Nulla poena sine lege”（法无明文规定不处罚）。这就是说，对于犯罪及其刑罚，必须在犯罪行为发生以前法律就有明文规定。如果在法律上没有明文规定，就不认为构成犯罪，对其行为就不得处罚。对于犯罪人，除了处以法律上所规定应得的刑罚

以外，不能再加以法外的刑罚。这条原则被称为罪刑法定主义。

罪刑法定主义已经被世界各法系所普遍确认。这些原则最早见于罗马法，19世纪的法国和德国刑法典体现了这些原则。英国《大宪章》里虽然，没有列入这些原则，但是《大宪章》确实建立了能达到相同结果的诉讼保障和原则。

在历史上，罪刑法定主义首先是作为一种学说出现的。欧洲中世纪时，君主独擅大权，生杀予夺往往出于一己之好恶，因此什么行为构成犯罪，应科处什么刑罚，都由统治者或者审判官便宜行事，称为罪刑擅断时期。十八世纪的启蒙思想家们在著作中主张尊重个人权利，攻击罪刑擅断的弊端，提出罪刑法定主义。孟德斯鸠在《论法的精神》中指出：“专制国家是无所谓法律的。法官本身就是法律。君主国是有法律的；法律明确时，法官遵守法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。在共和国里，政制的性质要求法官以法律的文字为依据；否则在有关一个公民的财产、荣誉或者生命的案件中，就有可能对法律作有害于该公民的解释了。”意大利的贝卡利亚和德国的费尔巴哈进一步发挥了孟德斯鸠的思想，使之成为一项法律原则。贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中指出：“只有法律才能对犯罪者规定刑罚……超出法律的刑罚是不公正的，因为它是没有法律规定的另一种刑罚。”费尔巴哈在《对实证主义刑法的原则和基本原理的修正》中指出：“每一应判刑的行为都应依据法律处刑。”还指出：“对公民的……刑罚，只能是出于并根据一种刑法科刑。哪里没有法律，哪里就没有对公民的处罚。”

在法律上，罪刑法定主义作为一种制度，最早来自于欧洲。1215年英王约翰签署的《大宪章》第39节规定：“任何自由人倘非经过其采地贵族的适法裁判或者依国家法律规定，不得加以逮捕、监禁或者没收其财产，或者槟弃不受法律的保护或者将其流放或者加以伤害……。”英国人的人身自由和

名誉，开始以法律的形式得到保护，这在世界历史上都是比较早的，具有开创性的。它奠定了正当法律程序的法律思想的基础。在此基础上，经过1628年的《权利请愿书》，1679年《人身保护法》（Habeas Corpus Act），1689年的《权利法案》传入美国。于是在美国产生了1774年的12个殖民地代表会议宣言，1776年的弗吉尼亚州的《权利宣言》。1787年《美国宪法》明文规定“不准制定任何事后法”。1791年宪法修正案规定“不依法律规定，不得剥夺任何人的生命、自由和财产”，1870年的宪法修正案中，对各州也有同样的规定。之后，罪刑法定主义又回到它的发源地欧洲。受美国1776年弗吉尼亚州《权利宣言》的启示，1789年8月26日通过的法国《人权与公民权宣言》第8条规定：“法律只能规定绝对的、必要的刑罚。不依据犯罪行为前制定、颁布并付诸实施的法律，不得处罚任何人。”第5条规定：“法律仅有禁止有害于社会的行为。凡未经法规禁止的行为即不得受到妨碍。而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为。”1791年和1793年的《法国宪法》重申了《人权和公民权宣言》的精神。1810年《法国刑法典》第4条明文规定：“无论违警罪、轻罪或者重罪，都不能判处犯罪前法律所未规定的刑罚。”因此，罪刑法定主义原则的直接渊源，被公认为就是1810年《法国刑法典》。此后，各国刑法都以此作为基本原则，并且形成在刑法中明文加以规定的体制。例如《德国刑法典》第2条规定：“行为之得处刑者，以法律在该行为前已有规定者为限。”当然，有些国家更在其宪法中作出明文规定，作为一项宪法原则加以确立。

1、立法的呼声

在历史上，这条基本原则从未正式规定于英国法之中。但是，可以肯定地说，它的精髓却包含在许许多多的判决当中。上诉法院法官史蒂芬在1884年国王诉普莱斯案中，在考虑了没有制定法根据的某种行为（焚烧尸体）是

否可以宣告为犯罪时，作过这样的阐述：“无疑，在某些情况下，法院宣布某些从未确定过的行为构成轻罪，但是我认为我们会发现，在每一个这样的案件里，行为都涉及到巨大的公共妨害和道德邪恶，……在我可以确定它一定是一种轻罪之前，…我必须确信…依照清楚的不可否认的根据，它是极为有害的或者显然令人反感的……可我甚至不能采取第一个步骤……刑法非常重要的规则是：除非被法律明白禁止的行为，否则不是犯罪。这条规则无疑是有例外的，但是例外很稀少，很有限，只有最勉强的和以最充分的理由才能认可。”在1986年国王诉霍斯福利治安法院案中，法院认为当议会希望设定刑事责任时，它总是明白地设定的。

司法立法问题上的典型案例是1933年国王诉曼莱案。案中，某女子谎称她被一个男子抢劫了，并对这个男子作了详细的描述。结果警方浪费了时间去调查这个虚假的指控，冒着怀疑和逮捕符合该指控的某个公众成员的风险，她被判定犯有引起“公共危害”罪。她以法律上没有该罪为由提起上诉。后来她的上诉被驳回了。刑事上诉法院认为存在一种构成轻罪的公共危害行为，而被告人的行为构成了这种罪。对于这个判决，人们给予了广泛的批评，认为它开拓了漫无边际的刑事责任的领域。因此，在1954年国王诉纽兰案中，戈达德说保险的程序是，不再因循国王诉曼莱案。“现在创设新罪名的，肯定是立法的而不是司法的职责。”在1972年努勒有限公司诉检察长案件中，上议院一致否认法院享有创设新罪或者扩展已有之罪以使迄今为止不受惩罚的行为可以受到惩罚的权力。

人们反对司法立法的观点，归结起来主要有三点¹：一是认为民主社会应当由立法机关创设新罪；二是认为打着发展旧法的幌子创设新罪助长了有关法律规则的范围的不确定性；三是认为创设新罪的司法权力的存在，违反了

¹Cross & Jones, *An Introduction to Criminal Law*, by Richard Card, 10th edn, 1984, Butterworths, p10.

不应当是人们因为他行为时并不是犯罪的行为而遭受刑罚处罚的原则。这个原则包含于“没有法律规定不处罚”（Nulla poena sine lege）的拉丁语法谚中，有时被称为法定主义原则。从臣民的自由的观点言之，它比任何其他原则都更为重要。

但是应当注意到，国王诉曼莱案所涉及的行为，现在已经由1967年《刑事法律法》第五条第二项规定下来：“如果一个人故意地向任何人作虚假报告，旨在表明发生了犯罪，从而引起警方工作的浪费……就应处以……监禁……或者罚金……”

2、司法的传统

英国普通法的悠久传统，决定了新罪名的来源是多样化的。关于普通法中创设新罪名的依据，1616年，王座法院宣布：“权力属于本法庭，不仅有权矫正诉讼中的错误，而且有权矫正司法之外的其他错误和轻罪，只要它们具有妨害治安或者虐待臣民，或者引发纷争的倾向；因此，任何罪恶或者伤害，无论属于公法领域的还是属于私法领域的，都不能实施，但是它应当以正当的法律程序进行矫正或者惩罚。”在1744年琼斯诉兰德案中，曼斯菲尔德就曾经指出：“不论违反道德和礼仪（*contra bonos mores et decorum*）意味着什么，我们法律的原则都加以禁止，王座法院，作为公共风习的总监察者和保卫者，负责限制和惩罚。”在1801年国王诉希金斯案中，劳伦斯法官指出：“具有公共性质的所有犯罪，即所有倾向于损害社会的行为和企图都是应予起诉的。”

维斯康特西蒙兹在1966年肖诉检察官案的判决中，也否认法院有权创设新罪名，但是在作为“普通法的仆从和卫士”而行使职权的过程中，“法院仍然残留着实现法律的最高的和最基本的目的的权利，不仅保障国家的安全和秩序，而且维护国家的道德福祉，保卫国家免受花样翻新、防不胜防的攻

击，是他们的责任。”在这个案件中，以维护公共秩序的理由正当地扩展了共谋的范围，包括了本身不是犯罪但是上议院认为其危及公共道德的行为。¹在1975年检察官诉维德案中，上议院明确指出，并不存在单独一级称为“共谋引起‘公共危害罪’”的犯罪共谋，尽管已为刑法确认的行为可以这样表述。根据维期康德—狄尔霍恩的观点，“法官无权创设新罪名”。

“司法立法”，尤其是法官修改现有犯罪的范围和形式的权力一如既往。比如，在1980年国王诉索尔案中，就有关犯有公共危害罪的指控（根据1977年《刑事法律法》第一条第（一）项），认为原告只需证明对社会的危险是“潜在的”而不是“现实的”，即可成立。法官的主要功能可能是“对已知法律的公平适用”，但是，正如拉德克利夫所指出的，没有适用法律之前，必须进行解释，而解释本身即是“创造性的活动”。这是与罪刑法定主义多么不同的声音啊！它充分地表明英国刑法领域传统价值的影响。尽管英国刑法之路有这样那样的波折，它的精神仍然在于传统。已有法律不敷应用，制定法难能及时出台，新发生的独特犯罪又不可能选取而不决，司法立法遂成为应孕而生的补救方法，以创造学解释已有之法而为未知之法构架雏形。大概英国刑法的实用性、适应性源出于此。

英国法官具有双重身份，双重的价值角色。一重是司法者，把已有之法公平适用于个案的裁判，体现对行为的特别价值判断。二重是立法者，通过扩展已有之法而创造新法之义，体现对行为的一般价值判断，而成为普遍适用的规范。多数的中国学者对英国的罪刑法定主义作中国观。如果历史能确认一件判例，该件判例就表示着曾经有过一为令人尊敬的法官兼立法者。正因为英国历史上处处都充满了这样的创制正义之法、裁断正义之案的人，才写下了一个不断去恶向善，正义得以宏扬光大的篇章。罪刑法定主义有英国

¹ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p4.

的特色。

3、学说的争鸣

近些年来，法学作者和注释者们对各级法院，特别是对上议院提出了严厉的批评，他们感到法官既未能做到清楚明确，也未能坚持协调一致。象 J. C. 史密斯这样的权威作者思索着上议院“刑事案件的忧郁纪录”，怀疑我们是否值得把上议院作为刑事上诉法院。在刑罚的几个不同的领域，学者和法官的意见有显著的分歧，学者们坚持法律“应当是”什么，法院的判决则确立了法律“实际是”什么。这两者难相和谐。普通法在个案基础上一点一滴地建立法律原则的缺点之一是，在特定案件中热衷于寻找“正确答案”，这使判决得更广泛的逻辑意义变得模糊不清。个案中的公正和司法体系的公正之间的张力，是刑法的一个特性。

而法官有时觉得学术著作理论性和抽象性太强，并不是完全立足于向陪审团清楚地解释法律的需要。在卡尔德威尔案件中，狄普洛克拒绝了一位学者所主张而为上诉法院所采用的定义，认为它创制了“精心雕饰而不切实际的”特征，不适合陪审团。在豪顿诉史密斯案件中，里德则认为“法律的新鲜血液，不是逻辑，而是常识”。在玛捷夫斯基案件中，萨尔蒙也使用了非常类似的表述。这两个案件都引起了激烈的学术批评。这种批评有时还能奏效。布理奇，在一个推翻了上议院早先的裁决的案件中，引用了格兰威尔威廉斯教授写的文章，说“他批评判决时用的语言……对它的节制是不明显的，但是如果认识不到批评的力量，将会是愚蠢的，而如果不承认我从[史浦利]案件中推论出的[结论]，将会是卑鄙的”。¹

在法律委员会1989年提出的《英国刑法典》草案总则第一章预备规定

¹ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p5.

中，则对罪刑法定主义原则作了明确规定。¹首先，第2条第1项规定禁止溯及既往的效力：“除非有特别规定，本法的规定，以基本法成立后为创设或者修改犯罪而成立或者制定的法律，对于至少有一部分实施于本法或者其它法律施行之后的犯罪有效。”第2条第4项规定：“有关犯罪的量刑的法律，以犯罪行为时的法律为准。但是，判决时有有效的法律规定的刑法较轻的情况下，不以此为限。”第3条是关于禁止习惯法的规定：“如非议会制定的法律，或者出于议会的委托，不能创设任何犯罪。”第6条规定禁止类推解释：“本法中，除非上下文中要求作其他解释，以以下解释为准……”从这些规定来看，该草案俨然一副成文法点的面孔。禁止习惯法，把创设新罪的权限授之于立法机关而不是法院，这都是判例法上从未明确的。另外，草案第4条还规定与刑法典矛盾的普通法原则加以废止，根据法典难以解决的场合，可以按照其原则处理。并且，现存的普通法罪几乎全部废止，一体成文化。第6条中又对草案中使用的术语进行一般解释的意义加以限定，规定了禁止类推解释。确实形成为法典的目的之一，也是草案全文的重要指针。²现在，该原则在已经1998年人权法中正是确立下来。³

四、英国刑法的法典化进程⁴

英国刑法的法典化，从19世纪40年代至今，曾经有过三个法典化方案，即麦考莱法典，史蒂芬法典和1985年草案。

¹ The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales, Law Commission No. 177, vol1.2, 2, (HMSO, 1989).

² 奥村正雄，イギリス刑事法の動向（1996年，成文堂），pp47-48.

³ Human Rights Act 1998, available at: <http://www.hms0.gov.uk/acts/acts1998/19980042.htm#aofs> (accessed on 31 Jan. 2003).

⁴ 奥村正雄，イギリス刑事法の動向（1996年，成文堂）。

第一个方案是1833年开始工作的刑法委员会五名委员作成并向议会提出的，议会讨论历时十年之久，最后由于法官反对而没有得到通过。

正当英国国内讨论刑法典草案时，麦考莱去印度担任总督法律顾问，他根据英国刑法典草案起草了印度刑法典，该草案于1860年通过，1862年生效。印度、巴基斯坦、斯里兰卡、苏丹等国现行的刑法典基本上就是麦考莱法典。

第二个方案是19世纪70年代由史蒂芬提出的。1877年史蒂芬发表了《刑法摘要》，提出了完整的刑法典应有的结构。大法官委托史蒂芬起草刑法典和刑事诉讼法典。全文425条的刑法典草案于1878年5月提交议会，议会把草案交给了由三名法官和史蒂芬本人组成的皇家委员会审查修改。委员会从1878年11月到1879年5月每天工作，讨论法案每一个条文的每一个细节。皇家委员会同意把修正草案提交议会。1879年在下议院通过了二读，1880年4月因政府发生变动，政权由保守党易手于自由党，而议会的注意力又被爱尔兰问题所吸引，法典草案从此流产。但是史蒂芬刑法典修正稿在加拿大、新西兰、昆士兰、澳大利亚、东非和西非的许多英国殖民地被采纳，并且证明是适用的。

第三个方案。1959年英国成立了刑法修改委员会（Criminal Law Revision Committee，简称CLRC），委员会就一系列专门问题提出了报告，其中最重要的是1965年建议废除重罪和轻罪的划分的报告（1967年生效实施），1966年关于盗窃罪及有关犯罪的报告（1968年生效实施），1972年关于证据法方面许多重要改革的报告，1980年关于侵犯人身罪（包括杀人罪）的报告。

1965年英国成立了法律委员会（Law Commission），其目标之一就是法典化。法律委员会由五名法律专家组成，其责任是审查所有法律。附属于法

律委员会的一个工作小组于1967年至1973年间调查了关于刑事责任的一般原则，它公布了几个有关专门问题的工作文件。例如犯罪的精神要件、未完成罪和共犯的责任、抗辩理由等。

法律委员会公布了关于刑事责任的一般原则和具体犯罪的定义等一系列立法建议报告，其中包括犯罪的精神要件（1978年），不完整罪—共谋（1976年），未遂（1980年），共同适用的合法辩护（1977年），刑事损害罪（1970年），伪造罪（1973年），干扰审判罪（1979年），刑法的地域效力范围（1978年），等等。立法机关据此通过了一系列法律，他们是《刑事损害罪法》（1971年），《犯罪共谋法》（1977年），《犯罪未遂法》（1981年），《文书与通货伪造罪法》¹、《数据保护法》²、《公共秩序法》³（Public Order Act 1986）、《计算机濫用法》⁴等。

1981年3月为了推动法典化，法律委员会任命了一个由四名法学家组成的工作小组。其任务是：①考虑并就下列有关问题提出建议——刑法典的目的与目标；刑法典的性质与范围；刑法典的内容结构与各部分间的相互关系；刑法典的起草方式与方法。②用适合于法典的方式系统地提出——刑事责任的一般原则；适合于刑法典的标准术语；解释刑法典的规则。

1985年3月28日，该小组提出了报告书和由90个条文构成的刑法草案（1985年草案）。该草案前55条为总则，以下是分则。法典化小组认为法典化的目的在于，“使刑法易于适用，易于理解，首尾一贯，确实无误”，而

¹ Forgery and Counterfeiting Act 1981, Available at: <http://www.car-crime.com/forgery.htm> (accessed on 31 Jan. 2003).

² Data Protection Act 1984 has now been repealed by the Data Protection Act 1998 c.29. cf. <http://www.hmsa.gov.uk/acts/acts1984/1984035.htm> (accessed on 31 Jan. 2003).

³ Public Order Act, available at: http://nwlsa.redblackandgreen.net/public_order_act_1986.htm (accessed on 31 Jan. 2003).

⁴ Computer Misuse Act 1990 (c. 18), available at: http://www.hmsa.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900018_en_1.htm (accessed on 31 Jan. 2003).

并不是修改刑法。考虑到检讨和修改整个刑法并非一蹴而就的易事，因此，这一草案并没有虑及以往刑法修改的全部成果，基本上是关于现行普通法上的原则和犯罪的成文化，以及某些用语的现代化。

总则是关于一般原则的规定，第一章预备规定（第1条至第7条），第二章司法管辖（第8条至第10条），第三章追诉与刑罚（第11条至第16条），第四章证明（第17条至第18条），第五章犯罪的外部要素（第19条至第21条），第六章主观要素（第22条至第28条），第七章犯罪的参加者（第29条至第36条），第八章精神障碍和无责任能力人（第37条至第43条），第九章抗辩理由（第44条至第50条），第十章未完成罪（第51条至第55条）。分则有两章，第一章侵犯人身罪（第56条至第81条），第二章毁弃罪（第82条至第90条）。其中侵犯人身罪的规定是以现行1861年《侵犯人身罪法》为基础，吸收了1980年刑法修改委员会的修改意见。毁弃罪的规定则是以现行1980年毁弃罪法为基础。草案只收录两类犯罪，理由是：首先，现行法上的犯罪数以千计，规定于一部刑法典篇幅太大；其次，很多犯罪规定与刑法以外的各种立法当中，即使利用刑法的人，也有必要逐一参照其他法典与制定法，收入分则，肯定繁杂。

法律委员会将法典化小组的成果予以公布，同时，设立了由巡回法官为团长，主要由法律实务家组成的8个调查团，对1985年草案进行分章检讨。学术界、实务界反馈回大量的意见，除了部分不和谐音之外，其中大部分都对法典化提出了积极的建议。

1989年4月17日，法律委员会公布了关于对《英国刑法典》及其注释进行立法化的最终报告书，通过大法官会议向议会提出。该草案包括总则和分则两编，合计220条。

第一编总则，第一章预备规定（第1条至第6条），第二章追诉与刑罚

（第7条至第12条），第三章证明（第13条至第14条），第四章犯罪的外部要素（第15条至第17条），第五章主观要素（第18条至第24条），第六章犯罪的参加者（第25条至第32条），第七章无责任能力人和精神障碍（第33条至第40条），第八章抗辩理由（第41条至第46条），第九章预备犯罪（第47条至第52条）。

第二编分则，第一章侵犯生命、身体罪（第53条至第86条），第二章性犯罪（第87条至第138条），第三章盗窃及诈欺等犯罪（第139条至第177条），第四章其他财产犯罪（第178条至第196条），第五章侵犯公众平稳与安全的犯罪（第197条至第220条）。其中，第一、二章对刑法修改委员会的建议稿加以若干修改而起草，其他各章原则上是收录现行法的规定。

该草案具备了大陆法系刑法典的规模，可适用于约百分之九十的应予起诉罪，随着欧盟的统一进程，该国的刑法法典化备受瞩目。但是，草案建立在现行刑事责任的一般原则和分则规定的基础之上，需要检讨的方面还是不少，因此，如果说该法案的各项规定能够经过逐条审议，并且一举获得通过，在有限的议事日程中，这不是一件容易的事。法律委员会考虑到这一难度，制定了首先进行部分法典化的策略。其第一阶段，是于1992年2月，为了对1989年的草案的修改征询意见，公布了两个法律修正案，一个是除了杀人罪以外的《侵犯人身罪法》的修正案，一个是一般原则规定中有关刑事责任与抗辩理由规定的部分修正案。

1992年草案全文32条，包括三编。第一编杀人罪以外的侵犯身体罪，第二编总则规定，第三编附则。该草案基本沿袭1989年草案的形式和用语，必要考虑了早期修改和法典化的成果。第一编包括四章，第一章预备规定（第1条至第3条），第二章伤害罪和暴行罪（第4条至第12条），第三章非法监禁罪和绑架、诱拐罪（第13条至第19条），第四章追诉和刑法（第20条至

第21条)。第二编总则规定的一般原则有,有关犯罪意图的并存犯意和转移犯意,有关抗辩理由的胁迫与强制,紧急避难,公的防卫和私的防卫。第三编附则规定了自致醉酒。

1993年11月,该委员会在1992年草案征询意见结果的基础上发表了最终法案,称为1993年草案,对1992年草案作了若干修正。1993年草案共39条。第一编杀人罪以外的侵犯身体罪,第二编一般抗辩理由等,第三编附则。第一编包括四章,第一章预备规定(第1条),第二章伤害罪和暴行罪(第1条至第10条),第三章非法监禁罪和绑架、诱拐罪(第11条至第17条),第四章附则规定(第18条至第23条)。第二编一般抗辩理由等,规定了六项内容,顺序与1992年草案不同:胁迫与强制,紧急避难,正当防卫,并存犯意,转移犯意,和附则规定。第三编附则规定。

在英国,可以说刑法改革的主张在继续,改革的努力在继续;而司法立法在继续,普通法也在继续。

英国刑法中的独立教唆和共谋

Independent Abetting and Conspiracy in English Criminal Law

导言

在英国刑法中，对于犯罪的形态做出了较为全面的划分。其中，把犯罪划分为完成罪和未完成罪（也有称为完整罪和非完整罪）两种形态的分析方法，具有历史性的意义。未完成罪是指犯罪实施之前的行为。犯罪的实际实施往往包括一系列预先的、相关的行为。比如：①某甲给某乙写了一封信，信建议某乙偷某丙的货物。②某甲和某乙商量拦路抢劫某丙。③某甲没有合法的根据，决定烧掉某乙的房屋。为达到其目的，他靠近房门堆起了易燃物品，准备把一根火柴扔到这些物品里，这时他被逮捕。这些例子说明了预备犯罪的性质，分别说明了煽动、共谋和未遂三种“未完成的”犯罪。虽然这些犯罪的每一种都可以被视为某些更广泛的（可能实施或者可能不实施的）犯罪的组成部分，但是，每一种又是一种单独的犯罪，本身是完全的。本文从英国刑法的理论与实践的角度评述煽动和共谋两种形态。

一、独立教唆

（一）概述

独立教唆的实质是劝告他人实施犯罪。被告人独立教唆或者怂恿某乙实施一项犯罪，不论独立教唆成功与否，被告人都构成一项普通法上的犯罪。也就是说，独立教唆是劝告行为本身，不需要产生实际的效果，也可能对被教唆的人在任何方面都没有产生影响。但是仅仅告诉他人说存在犯罪的机会，不是教唆。必须存在鼓励的要素。

独立教唆的主观要素是意图使被教唆的人实施被教唆的犯罪，这也包括对构成犯罪行为的情况的明知，和对作案人具有犯罪意图的认识。如果作案人没有犯罪意图，就要适用“间接正犯”的原则，教唆者构成正犯。如果间接正犯没有达到未遂的阶段，教唆者不构成犯罪。

如果被教唆的人没有犯罪意图，或者因为没有刑事责任能力等原因而不构成犯罪，就不能适用间接正犯的原则，教唆者也不构成犯罪。在怀特豪斯案件中，被教唆人在法律上不能构成犯罪（乱伦罪），因此判决认为怀特豪斯不能构成教唆。¹

在1801年国王诉希金斯案中，根据“他错误地、邪恶地和非法地怂恿和独立教唆”某乙偷某乙雇主的财产这一罪状，被告人被定罪。有人主张该罪状不包括可起诉罪。正如首席法官肯云所指出的：“有人论证只有实施邪恶的意图而没有实施的行为不可起诉；但是当指控被告人怂恿他人实施一项重罪时也没有实施的行为吗？怂恿就是一种行为……”又如劳伦斯法官所指出

¹ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p260.

的：“所有倾向于对社会造成损害的行为或者未遂都是可起诉的……怂恿就是一种行为。犯罪不取决于单纯的意图；因为在怂恿（某乙）实施重罪时，被告人实施了可用于把其意图付诸实施的行为。”

（二）独立教唆的制定法犯罪

某些法律规定了有关独立教唆的单独犯罪，如：1920年《公务秘密法》第7条¹规定，一个人独立教唆他人实施该法规定的犯罪就是一种犯罪；1977年《刑事法律法》第54条规定，“一个人独立教唆他知道是其孙女、女儿或者姐妹的16岁以下的女子与他进行性交就是犯罪。”

（三）独立教唆的形式²

在英国刑法上，独立教唆可以有列形式：

独立教唆可以由书面或者口头的言词构成，也可能以建议、劝告甚至与威胁的形式出现。正如1973年丹宁在种族关系委员会诉阿普林案件³中指出的：“一个人以威胁、强制或者劝告的形式‘独立教唆他人实施某种行

¹ “Section 7 of the Act of 1920 makes it an offence to solicit or incite a person to commit an offence under the Act.”, cf. D B Somervell, Memorandum by the Attorney General 27 January 1939, available at: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/43ap05.htm> (accessed on 31 January 2003).

² 参考Blackstone's Criminal Practice, by Peter Murphy, Eric Stockdale, et al, Blackstone Press Limited, 1999, pp80-81.

³ Race Relations Board v Applin [1973] 1 QB 815. The actus reus of incitement is the act of persuading, encouraging or threatening another to commit a crime.

为’。”

独立教唆可以是明示的，也可以是暗示的，可以是针对特定个人的，也可以是针对一般人的。在1976年因维克塔塑料制品公司诉克来尔案¹中，在一本汽车杂志上刊登一则销售警用雷达陷波警报系统（Radatec）的广告，以一幅图片描述了它正被用于探测警用雷达陷波系统，被判定构成独立教唆《无线电报法》²规定的一种犯罪。帕克说：“显然读者们正被……教唆使用警用雷达陷波警报装置。”印上一行小字警告说适用这些装置是非法的，并不改变该广告的效果。又如1881年国王诉摩斯特案（Most 1881）中，伦敦一家报纸上发表一篇文章，劝外国人暗杀他们的国家元首，这被判决为构成独立教唆谋杀罪。

（四）独立教唆的传达

独立教唆必须存在传达给他人的行为。在1966年维尔逊诉丹尼夸斯泰尔有限公司案中首席法官帕克指出：“任何人不可能有独立教唆行为，除非独立教唆，无论以口头或者书面的东西，到达所说的被独立教唆的人。”

在被告人独立教唆某乙实施一项犯罪，而某乙就实施了的情况下，被告人就该犯罪来说应被视为正犯。但是在1985年国王诉理海案中，被告人曾怂恿某乙伤害某丙，于是某乙伤害了某丁。关于为什么某乙伤害某丁而不是某丙没有提供证据。判决认为没有根据让被告人对独立教唆某乙伤害某丁的指

¹ *Invicta Plastics Ltd v Clare* [1976] RTR 251. The inciter must intend that as a result of his persuasion, the incitee will bring about the crime.

² Wireless Telegraphy Act 1949, Available at: <http://www.radio.gov.uk/topics/legislation/wtact1949.pdf> (accessed on 31 Jan. 2003).

控负责，因为某乙实施的犯罪并非被告人独立教唆某乙所实施的犯罪。

如果教唆产生了实际效果，教唆者同意实施犯罪，则双方都构成共谋。¹

（五）独立教唆的结果

在被告人鼓动某乙实施一项犯罪的情况下，不要求被告人有任何行为，就可以构成独立教唆罪。1969年维治理在国王诉Kington-upon-Hull 案 的助理法官案中认为：“未采取可用于未遂行为或者实体犯罪的实施的任何步骤是无关紧要的。易言之，独立教唆是否有任何结果是无关紧要的。单是独立教唆行为或者未遂独立教唆行为就构成了犯罪。”适当的被告行为仅仅是被告人怂恿某乙实施一种实际上是犯罪的行为，无论被告人知道这是犯罪与否。

（六）相关问题

知道独立教唆的犯罪在该种情况下不可能实施的事实，没有什么重要意义。在1863年国王诉麦克道努案（McDonnell 1865）中，被告人知道是偷来的而独立教唆某乙接受羊骨架，按这些罪状被告人被定罪；但是，实际上，当时并不存在这种羊骨架。判决认为这并不妨碍对被告人定罪。在1983年国王诉菲兹莫里斯案（Fitzmaurice 1983）²中，判决认为在犯罪能够于被告人

¹ Marise Cremona, Criminal Law, MacMillan, 1989, p260.

² R v Fitzmaurice [1983] QB 1083. There can be liability for incitement to commit the impossible only if the commission of the crime was possible at the time of the incitement.

独立教唆某乙的当时实施的情况下，那么尽管后来的情况使犯罪不可能实施了，但是被告人仍可以被宣判为独立教唆某乙的罪。

“独立教唆独立教唆的行为”似乎是可能的。1978年国王诉克罗玛科案（Cromack 1978），是独立教唆他人独立教唆伪证罪。“未遂独立教唆行为”，即教唆没有到达它的目标，也是犯罪。但是，1977年《刑事法律法》第5条第7项规定，教唆他人是制定法或者普通法的共谋，不是犯罪。¹

（七）独立教唆的审理与处罚

按照1977年《刑事法律法》第15条、第16条，以及1980年《治安法院法》第1条的规定，独立教唆既可以采取略式审理，也可以采取正式审理。但是，教唆实施略式审理犯罪的则只能采取略式审理。²

1980年《治安法院法》第45条和第1表第35段对教唆的处罚因教唆的犯罪而异。如果教唆的是略式审理罪，教唆的最高刑罚是适用于该项略式审理的犯罪的最高刑罚。如果教唆的是正式起诉罪，刑罚由法院裁量，除非法律做出特别规定。³所谓特别规定，比如对教唆谋杀罪的处罚，按照1861年《侵犯人身罪法》第4条的规定，最高刑为10年监禁。⁴

二、共谋

¹ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p260.

² Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p260.

³ Blackstone's *Criminal Practice*, by Peter Murphy, Eric Stockdale, et al, Blackstone Press Limited, 1999, p80.

⁴ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p260.

（一）普通法的共谋

共谋是指实施犯罪的协议。它是普通法的产物。现在，有限的意义上说，它仍然是一种普通法犯罪。因为1977年《刑事法律法》第1条至第5条创制了制定法共谋罪，共谋的大部分已经由该法第1条调整。¹

共谋在普通法上是一种轻罪，不仅仅包括两人或者多人的意图，而且包括两人或者多人间实施非法行为或者以非法手段实施合法行为所达成的协议。这里的非法一词是在广义上使用的，不仅包括正式起诉罪、略时起诉罪，甚至包括侵权行为、诈欺行为、败坏公共道德的行为等。²在这个意义上，它远远宽泛于其他未完成罪。因为独立教唆罪和未遂罪中教唆和意图实施的必须是犯罪行为。³1858年威尔斯法官在穆理西诉国王案中指出，只要这种阴谋仅停留于意图中，就不可起诉。当两个人协议付诸实施时，该阴谋本身就是一个行为。普通法上该种犯罪的案例，包括1818年国王诉基尔案；1929年国王诉麦力克案（Meyrick 1929）；1967年彻奇尔诉瓦尔顿案。它们都确认，普通法的共谋罪，包括但是不限于实施犯罪的协议。某些类型的共谋罪并不是基于协议实施的是犯罪行为而发生。当共谋转变为制定法上的犯罪时，它才被限于实施犯罪的协议。按照1977年《刑事法律法》第1条，普通法共谋罪被废除。但是，人们觉得，直到该领域的有关法律经过检讨和改革，某些普通法共谋罪的特殊情况应当予以保留，以使法律不留空白。而有的人又认为这可能是不必要的，肯定导致了某些不可预见的不确定性和复杂性。⁴

¹ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p262.

² Blackstone's *Criminal Practice*, by Peter Murphy, Eric Stockdale, et al, Blackstone Press Limited, 1999, p80.

³ Smith & Hogan, *Criminal Law*, Butterworths, 5th edn. 1983, p227.

⁴ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p262.

在1974年检察官诉威泽斯案中否认了这样一种关于普通法共谋的观点，即认为共谋包括任何造成公共妨害结果的协议。

普通法上共谋罪的犯罪意图，就是实施协议的意图和对那些使协议非法的事实的明知。在1967年彻奇尔诉瓦尔顿案中，上议院认为：“在这种案件中，希望避免使用犯罪意图一语，它能有不同的含义，而应注意涉嫌的共谋者所立的协议的措辞和结果。问题是，‘他们协议做什么？’如果他们所协议做的是，按他们所知道的事实，一种非法行为，那么他们犯有共谋罪，不能以由于他们不知道法律，他们未认识到这种行为是犯罪而为他们自己辩解。如果，按照他们所知道的事实，他们所协议的是非法的，那么，他们不是由于他们所不知道的其他事实的存在而人为地加予罪责，对意见一致的行为加上一个不同的和犯罪的性质。”

在1844年国王诉布莱克案中认为，协议的存在可以从实现被告人之间共同具有的目的而实施的独立的行为推断出来。在1965年国王诉汤姆逊案中认为，除非人们确实意图实施协议的目的，他们也不犯有共谋罪。

（二）制定法的共谋

《法律委员会报告》第76号报告指出，共同犯罪应限于协议实施犯罪，如果某种行为一旦实施就构成犯罪，而在达成协议所实施的行为与此不相当的情况下，这种协议就不是犯罪。该宗旨在1977年《刑事法律法》中部分地达到了。

1977年《刑事法律法》第1条第1项，对法律做了重要修正。“在本法本编下列条款的条件下，如果一个人与任何其他一人或者几人协议执行一项行

为，如果该协议是按照他们的意图实施的，无论下列哪一种情形：①或者必然相当于或者包括任何一项或者多项由协议的一方或者多方实施的犯罪，或者②如果没有使一项或者多项犯罪的实施成为不可能的事实的存在，就会这样做的话，那么，他就犯有实施有关一项或者多项犯罪的共谋罪。”¹

共谋是具有特定意图的犯罪；必须证明实施协议的犯罪的直接意图。

1977年《刑事法律法》第5条规定：“在本条的下列规定的条件下，普通法上的共同犯罪至此已被废除。”第5条第1项规定：“上述第一项不影响普通法上有关共谋欺诈罪的共同犯罪……”第5条第2项规定：“上述第一项不影响普通法上的共同犯罪，如果它可以通过参加协议从事下述行为就可以实施的话：（1）倾向于败坏道德或者违反风俗的；但是（2）不相当于或者包括在协议的执行之外由一个人实施的犯罪。”

由于1977年法令，实际上，正如1984年布理奇在国王诉埃尔斯案中所阐述的，“犯罪共谋现在仅有四种：（1）共谋实施违反第1条的一项或者多项实质性刑事犯罪；（2）以其他规定使之成为犯罪的共谋；（3）普通法上的欺诈共谋罪：第5条第2项；（4）普通法上的共谋败坏道德或者违反风俗罪：第5条第3项”

第1条第2项规定：“在可以引起对某种犯罪的责任而无需犯罪人明知实施犯罪所需要的某种特定事实或者情况的场合，按照第1条第1项一个人就不犯有实施该种犯罪的共谋，除非他和协议的至少另一个当事人意图或者知道在构成犯罪的行为即将发生的时候那种事实或者情况可能或者将会存在。”这一项把严格责任的概念从共谋罪中取消了。另外，构成嫌疑的共谋罪的协议的至少两个当事人必须有适当的犯罪意图。第3项规定：“在协议执行中与任何犯罪相联系的计划中的有关行为……如果那个犯罪是不处以监禁刑的略

¹ 被1981年《犯罪未遂法》第5条第1项取代。

式起诉罪，那么该犯罪为第1条第1项所不顾。”在1985年国王诉托姆塞特案中认为，共谋实施犯罪是不可起诉的，除非完成了的该犯罪可以起诉。

1977年法令规定的免责，主要有：第2条第1项规定，“按照第1条一个人不犯有共谋实施任何他是犯罪所预期的被害人的犯罪。”第2条第2项规定，按照第1条不犯有共谋实施任何一种或者几种罪行，如果与他协议的另一个或者几个人（在协议成立的开始和任何时候都是这样）是下述的任何人……他的配偶，在刑事责任年龄以下的人，和该一个犯罪或者几个犯罪中的每一个的预期的被害人。第2条第3项规定，一个人低于刑事责任年龄，只要按照1933年《青少年法》第50条确实地推定了，他不能犯任何罪。因此，与一个10岁以上14岁以下的未成年人可以共谋，如果可以证明他具有“恶意裁量”的话。

（三）制定法和普通法共谋的重叠

残留在普通法中的共谋罪和制定法共谋罪的关系，很难在一种理论上和实践中区别开来。这部分归因于普通法共谋罪的部分残留是一种例外，只是一时权宜之计。¹

普通法和制定法共谋罪的重叠产生了一些问题。在1984年国王诉埃尔斯案中，上议院承认存在着“在有关似乎能归入任何一类的大量重要的共谋罪上，对于在何处划清1977年法令第1条制定法共谋罪和普通法共谋欺诈罪的界限存在司法意见上的冲突。”建议选择应该“便利”确定的司法意见被上议院否认了。布理奇认为“根据对法律的正确解释，相当于普通法共谋罪的犯

¹ Marise Cremona, *Criminal Law*, MacMillan, 1989, p262.

罪必须这样指控，而不能根据第1条指控为制定法共谋罪。相反，第1条的共谋罪不能指控为普通法上的共谋欺诈罪。”

在1979年国王诉瓦尔特斯案中，几名被告人涉嫌租用出租汽车，并以伪造的旅行日志将车出售。他们被指控犯有违反1977年《刑事法律法》的共谋偷窃罪。审判法官许可修正起诉书以指控为普通法上的共谋欺诈罪。在对定罪提起上诉后，上诉法院认为，共谋偷窃应被正确地视为属于共谋欺诈，起诉书不仅仅因为它指控共谋欺诈罪而无效。

在1979年国王诉顿卡尔夫案（Duncalf 1979）中，上诉法院判决认为1977年法令第5条第2项“应被正确地理解为仅仅保留了为使法律中不留下空白所需要保留的……（而象在本案中的情况下）共谋的明显目的就是偷窃，我们认为该法要求对这样一种共谋指控为违反第1条。”该案中，上诉人参观了商店，正如他们所称，只用于“窗口售货”。按照1977年法令第1条，他们被定为共谋偷窃罪，以他们被定为一个不存在的犯罪，和应被指控为普通法上的共谋罪为由上诉。上诉被驳回了。判决未解决该争论。

1984年国王诉埃尔斯案再次尝试解决该问题。案件中，被告人被指控以假称一辆运货汽车及其货物被盗窃而共谋欺诈保险公司的犯罪。起诉书包括一个单独的共谋欺诈的罪状，被告人提出该犯罪应该正确地指控为1977年法令第1条规定的共谋以欺诈方式获取金钱。该主张被否认。被告人提出上诉。上诉法院认为它受1979年国王诉瓦尔特斯案的约束，判决认为上诉人被指控为共谋欺诈罪是正确的。它证明了一个具有普遍意义的法律论题：“普通法上的共谋欺诈罪是否只有在证据不表明任何制定法的、实质的共谋罪（与1977年法令第1条、第5条有关，已经作过修正的）时才能被指控。”

上议院判决认为正确指控应该是共谋以欺诈方式获取金钱，普通法上的共谋只有在不能被指控为制定法之实质的共谋罪时才能指控。布理奇认为

“第5条第2项中的‘共谋欺诈’一语必须解释为限于这样一种协议，即如果付诸实施，就不必包括由任何共谋者所实施的任何实质的犯罪。”证明的问题就予以肯定的回答。在有疑问的案件中，它可以适于包括起诉书中的选择罪状。

埃尔斯案之后，又对如下案例做出判决：

在1985年国王诉霍林西德案中，被告人协议制作和销售不可靠的设备，而其唯一的目的是对电管处造成损失。上议院认为制定法和普通法犯罪是互相排斥的，被告人应被正确地指控为违反普通法的共谋欺诈罪。

在1985年国王诉童纳案中，被告人协议计划走私黄金和欺骗当局。协议的实施必然包括各种犯罪。上诉法院认为，由于协议的实施将包括独立的犯罪，指控的唯一共谋应当是制定法的实施这些犯罪的共谋。

在1986年国王诉格兰特案中，几个被告人征求购买将于特纳莱夫建造的渡假住宅。地已买到，但是没有建住宅，顾客遭受了损失。判决认为不应指控为共谋欺诈，因为起诉书的细节不包括共谋实施的一项特定的制定法之罪。首席法官在上诉法院指出，在国王诉戴尔斯案中的判决“造成非常重要的困难”，特别是由起草起诉书的法律顾问从证人的陈述认定特定的制定法之罪非常不易。

在1986年国王诉库克案中，上议院重新考虑了其认为“在埃尔斯案中的判决不应起诉人和法官造成过度的困难的乐观的预测。”布理奇评论该预测为结果证明是错了。该案的 facts 是，被告人，大不列颠铁道公司餐车上的主管膳务员，把自己的咖啡、茶和奶酪带上火车，卖给乘客并把钱据为己有。他被定罪，根据包括一项罪状的起诉书，指控为他和其他人一起共谋通过把不是公司财产的饮食卖给公司的顾客，和不向公司说明销售的进行而欺诈公司的犯罪。

上诉法院认为他们遵循1984年国王诉埃尔斯案和1984年国王诉童纳案，认定指控包括实施违反1968年法令第25条第1项的准备欺诈的独立的制定法犯罪，因此，根据1977年法令第1条第1项，指控应当是共谋实施准备欺诈的制定法犯罪。定罪被撤销，不是因为没有人协议欺诈公司的证据，而是因为被告人，同时实施了盗窃罪法的犯罪，按起诉对他定罪是不公正的。

上议院推翻了上议院的判决。布理奇阐述说他在埃尔斯案中的话需要修改。首先，在实施一项行为的协议将是共谋指控的主体，可能正确地提起公诉的行为中的每一个要素都等于或者包括一项特定犯罪的实施的情况下，唯一正确的方法是指控一项实施该一种或者几种犯罪的共谋罪。（当然，它可能适于指控一起以上这样的共谋。）其次，如果人们协议执行一项不包括实施任何特定犯罪的欺诈行为的话，那么适当的指控可能是普通法上的共谋欺诈罪。再次，难点在于，协议实施包括实施一项或者多项特定犯罪的行为，可是除了这种特定犯罪行为以外，该协议如果付诸实施，就包括一项就个人来说决不是犯罪的一种欺诈行为的独立要件。在第一种情况下，合理的结论是起诉方指控一种或者两种共谋都是完全正确的：就协议的等于或者必然包括实施一项或者多项特定犯罪的行为来说，是一个制定法的共谋罪；就协议的行为是欺诈性的但是个人单独实施并不构成犯罪的部分来说，是一个普通法上的共谋罪。最后，布理奇强调无可置疑的是，仅仅包括实施实体犯罪的共谋罪只能指控为制定法上共谋实施该犯罪的罪。

1987年《刑事司法法》第12条则采取允许起诉方以任一犯罪进行指控的规定。

（四）相关问题

对实施共谋的独立教唆。1977年法令第5条第7项规定：“独立教唆和企图实施共谋的犯罪（无论所独立教唆的或者企图的共谋是普通法之罪还是第1条……或者任何其他法规规定的罪）都不再作为犯罪。”

两个或者多个共谋者。一个人不能与自己共谋：至少两个意向接触才能存在共谋的故意。1957年玛夫基（Mawji）诉国王案，认为丈夫和妻子视同一人，不能一起构成共谋罪。但是夫妻和第三方可以被一起定为共谋罪。和1966年国王诉麦克道奈尔案（McDonnell 1966）认为有限公司的负责人不能与该公司“共谋”。¹

对共谋犯的不同裁决。在1975年检察官诉莎农案（Shannon 1975）中，上议院认为在两个嫌疑的共谋犯之一被正确地审理，并按证据正确地定罪的情况下，如果由于某种原因另一个人在随后的审判中免罪，那么没有理由使他的定罪无效。这个规则仍然有效。

1977年法令第5条第8项规定：“这样的事实，即一个人或者几个人，只要按照据以宣判任何人有罪的起诉书出庭，是据以对他定罪的而又参照它被免共谋罪的协议（无论后来是与定罪的人一起审判还是单独审判的）的仅有的几个当事人，这个事实不应成为撤销对他的定罪的根据，除非按照案件的所有情节他的定罪与对有关另一个或者几个人的免罪不一致。任何与该法令第5条第8项不一致的法律或者判例的规则都被废除了。

在对各个共谋犯的证明力显然不同的情况下，应指示陪审团 他们可以对一个定罪而对另一个免罪。但是是由法官而不是由陪审团决定共谋犯的证据之间是否有显著的不同。

共谋做不可能的事。原来规定在1977年《刑事法律法》第1条第1项，后之以1981年《犯罪未遂法》第5条第1项。在被告人和某乙协议包括由任何

¹ Anthony Hooper, *Harris's Criminal Law*, 21st edn, Sweet & Maxwell, 1968.

一方，或者双方实施一项犯罪，或者只要没有使该犯罪不可能实施的事实出现，这样一种行为的情况下，该协议等于共谋。1978年检察官诉诺克案

(Nock 1978)¹被推翻：该案中被告人和某乙协议从某种化学制品中加工可卡因，而实际上这是不可能的。判决认为没有共谋。但是按照第1条第1项后来所进行的修正，按类似事实被指控的人现在将对共谋罪负责。

缺乏实施协议的意图。在1985年国王诉安德森案中，上议院考虑并驳回了由被告人对上诉法院的判决提起的上诉，驳回他对违反1977年法令第1条共谋造成囚犯逃跑的定罪的上诉。被告人曾与他人协议购买和提供切割工具偷带给囚犯。被告人坚持他仅仅意图提供该工具，并未参加他相信注定要失败的这个计划。上议院认为他犯有制定法的共谋罪。被告人并未意图实施犯罪共谋和他不相信能成功，这并不是对指控的辩护。起诉方证明被告人知道将实施的行为等于或者包括一项犯罪的实施以及他打算在犯罪意图所及的犯罪目标中起某些作用，这就足够了。

超出共谋。在1966年国王诉安德森和莫理斯案中，法官认为如果二人共谋犯罪，不论分工如何，相互都应对共谋的犯罪承担刑事责任。如果其中一人实施了超出共谋的犯罪，则另一个人对此犯罪不负刑事责任。

共谋滥用司法程序。在基于可能不发生的事故上的共谋的罪状中所指的犯罪，没有抗辩理由。

一个人可以不因共谋未遂而被认为有罪。这一规定见于1981年《犯罪未遂法》第1(1)(a)条。

一个人在共谋普通法共谋罪的案件中，可以被认为犯有共谋罪，但是在共谋制定法共谋罪的案件中，则不可以。

¹ DPP v Nock [1978] 2 All ER 654.

普通法中的共谋罪不是可捕罪。制定法共谋罪是可捕罪，如果当事人共谋实施的犯罪是可处以5年以上监禁刑的话。这一规定见于1984年《警察和刑事证据法》第24条第3项。

法的经济分析二题

Two topics on Economic Analysis of Law

一、“禁止骑车带人”的经济分析

二十世纪八十年代，上大学的时候，和同学上街，两人合骑一辆二八型的自行车。一人骑着，一人坐在后面。过一个丁字路口的时候，遇到交通警察，拦住罚款。当时行情是二元人民币，相当于两天的伙食费。交钱走人，可以继续带着。从此以后十几年来，一直记着有“禁止骑车带人”¹这么一条交通规则，而且现在的行情大约是五到五十元之间。²

在中国习以为常了，不觉得怎么样。在国外呆久了，想起来这条规则很奇怪，不知道它有什么科学的根据或者正义的价值。

骑车带人，有很多原因，或者因为穷，没有买哪怕是一辆旧的自行车的

¹例如：合肥市城市道路交通管理办法第三十七条，“（七）不准骑车带人。但在非主干道上，允许前边有座椅的自行车，带一名六岁以下儿童。”，参见：
<http://www.troad.com.cn/policy/urbantrfreg/urban019.htm> (accessed on 31 Jan. 2003)。

²公安部关于印发《交通管理处罚程序规定》的通知，1988年7月9日（1988）公发17号，available at：
http://www.gntclib.com/gpsj/xxttd2/product2/law/23_traffic_communication/23_traffic_communication2472.htm (accessed on 31 Jan. 2003)。

经济能力；或者因为生病，暂时不能独立骑自行车，而当时的交通又不是十分方便；或者因为自行车或者别的交通工具丢失了，出现故障了而暂时不能使用。骑车带人，出於这么一些理由，都是无奈之举。往往是学生才这么做。但是我们的交通规则却施加了禁止和惩罚。

由於骑车带人一般比较慢，没有什么危险，所以禁止它是没有科学根据的。

又由於骑车带人出於一些值得同情和理解的理由，所以禁止它是没有正义基础的。

对於既没有科学根据，有没有正义基础的事项，却加以禁止，这个规则就是不经济，不正当的。

有人会狡辩说，要是在山路上骑车带人，上坡显然既慢又没有危险，下坡呢？既快又危险，冲到悬崖下，山沟里，那不是造成严重后果了吗？

但是，骑车带人下坡这种危险，它不属於社会施加一种规则去禁止的事项。在长白山上滑雪，既快又危险；去北极考察，既冷又危险；登珠穆朗玛峰，既高又危险；爬到火山口拍照，既热又危险；吃炒蚕豆，既硬又危险。但是他们都不是需要制定规则去禁止，违反了又要处罚的事项。

制定规则如果连个人的吃喝拉撒也调整，那不就和宗教上的清规戒律一样了吗？

但是古代宗教上的清规戒律往往是保护弱者的，所以禁止骑车带人这样的规则，还不如宗教上的清规戒律。

不唯如此，为了禁止骑车带人，交通警察需要花费大量的时间和精力去监督和制止，他们甚至放弃了疏导交通而处理大量的违反骑车带人规则的事件。一般要罚款五到五十元之间。交通警察态度好的，一般是罚款加批评教

育；交通警察态度不好的，给予罚款加训斥；交通警察态度极端恶劣的，双方可能发生谩骂和打斗。

罚款对于交通警察来说是经济的。所以，这是一条把交通警察的时间，精力和权威转换为货币的规则。有的地方甚至给交通警察规定罚没收入的指标。那么，为了达到这个指标，就需要有许多规则，包括“禁止骑车带人”的规则。而这些规则有的就必然要建立在作为规则执行主体的交通警察经济，而对被执行对象不经济的基础之上。否则，无法完成指标。

完成指标对谁有利呢？一是对交通警察自身经济，他的福利甚至工资，要从罚没收入中进行分割；二是对交通警察局经济，他们买车，盖楼，吃喝玩乐，以罚没收入得到充实。而国家法律绝对没有一条规定他们有权这么做。他们这么做也没有写在明处，形成文件。所以，即使查，也查不出来。但是对国家也有经济的一面，那就是国家的财政压力能够得到缓和，不会被每天逼的要钱买车，盖楼，等等。

买车，盖楼，吃喝玩乐，对谁经济呢？首先，买车问题。买了车，基本上是名义上属于警察局，实际上属于警察。一切费用由警察局支付，公用，私用在所不问。其次，盖楼问题。以盖办公楼的名义，赚取回扣着有之，实际盖了警察的住宅着也有之。最后，吃喝玩乐就不言自明了。

以时间，精力和权威兑取货币，与此类似的经济活动在社会上不是绝无几有的。自古以来，娼妓就是这种经济活动的主角。人们一般认为她们是以时间，精力和肉体为成本。所谓肉体，与交通警察的权威一样，都是抽象的存在，都是不进行实际的劳作，而采取投奸取巧，或者蛮横无理，或者卖弄风情这种方式来的到报酬。

他们两者都从特定的消费者那里取得报酬。但是娼妓能给人以心理的愉悦和生理的满足，具有正价值；交通警察却是给人带来心理的痛苦和尊严的

丧失，是一种负价值。

交通警察的蛮横无理，是依赖国家赋予的权力做后盾。娼妓的厚颜无耻，是社会贴付得标签做遮掩。他们都可以超越法律的经济性的限度而肆意妄为。但是由於交通警察的地位比较高，那么交通警察的行为往往被国家和社会所默认或者容忍；而娼妓的地位比较低，她们的行为就遭到排斥和谴责。实际上，平等的法律应当是对交通警察和娼妓一视同仁的。当然，那是只有在宗教里面才能实现的理想，而宗教教义又是不能当做法律来实施的。最后，交通警察上天堂，娼妓下地狱。

一叶知秋，这是古已有之的真知。从“禁止骑车带人”的机制，可以看到这条规则的制定是多么的滑稽和轻率——如果不是故意造成不经济的话。

日本和芬兰没有禁止骑车带人的规则，骑车带人也不受罚款。但是在日本骑车带人是危险的。不是因为他们骑车下山坡，而是因为在日本，自行车一般没有后架，被带的人是站在后面，脚蹬着长度非常有限的螺丝上，容易掉下去，所以很危险。但是避免这个危险的规则不是需要执法部门制定的，而是自行车的生产厂家的自行车使用手册上规定的注意事项，说这样骑车是危险的，出了事故不在生产厂家的责任范围。

所以，一种规则，由谁制定和执行更经济，就由谁去制定和执行。特别是禁止性的规定，不能太多太滥。规则的经济性，既要体现科学的基础，又要具备正义的价值，不讲科学和正义的规则是不经济的。它只能被滥用，不能产生为最大多数人达到最大利益的效果。但是它对于部分人是有利的，而由於这部分人掌握着制定和执行规则的权力，这种规则又可以畅通无阻。由於不科学，不正义，即不经济的规则畅通无阻，规则体系甚至法律体系就受到伤害，是不可避免的。

如果没有禁止骑车带人的规则，而交通警察也进行罚款，那就是不正当

的。现在，如果有禁止骑车带人的规则，而交通警察进行罚款，那就是罚款被正当化。但是根据经验，交通警察对于这一规则的态度不同，罚款与不罚款，还是有灵活余地的。有的大量罚款处理，那样的交通警察就有一定的物质的贪欲作为动机，因为罚款流入个人腰包是很普遍的，只要罚款单留在自己手里就可以。但是，交通警察对此感到有风险，一是罚款的根据是否充足，二是个人占有罚款的安全系数。除了担心，他可能还会为太多太滥的罚款而有自责。

有了所属部门指标规定的促成，交通警察对于“骑车”带人以及其他的违反规则行为罚款有了正当的根据。这样，他不仅不担心，而且不自责；不仅完成指标成为动机，而且满足个人贪欲的动机也因此而膨胀，风险却下降。

一个交通警察如此，两个交通警察如此，许许多多的交通警察，越来越多的交通警察都如此，那就会把“不正当”的规则“正当化”扩散，从一个地区扩散到另外一个地区，从一个部门扩散到另外一个部门；加之其他地区，其他部门有其他的把“不正当”的规则“正当化”的方式，形成相乘效应；进一步把“不正当”的规则“正当化”的观念，弥漫到整个社会，社会上许许多多的人，越来越多的人就会变得无法无天。社会上许许多多的人，越来越多的人就会变得无法无天了，交通警察里面也就会有更多的人有更大的可能把“不正当”的规则“正当化”。

如此往复，恶性循环。这就是我们为什么忧虑“禁止骑车带人”这样一条不经济的规则的原因。

二、禁止娼妓的经济分析

有的国家娼妓是不被禁止的。¹但是娼妓逃税是被禁止的。娼妓是当做一种经济活动来看待的。²

有的国家禁止娼妓。因为存在被迫的卖淫。被迫无非有两种。一种是在宏观上被迫，因为她没有别的职业，以卖淫为职业，赚钱养家糊口。你禁止她卖淫，就得有足够的就业机会给她。另外一种是在微观上被迫，因为她受到别人的控制，那就存在一个应当受到追诉和惩罚的人。你要把这个人找出来加以追诉和惩罚。除此之外，卖淫都是自愿的。有的因为别无长物，卖淫赚钱容易；有的因为习惯卖淫的行为模式甚至形成心理的依赖性，不单纯为钱而卖淫，而且以满足心理和生理的特殊需求而拉客。

制止被迫的卖淫，各国都有充分的理由。制止自愿的卖淫，各国都有不同的理由。有再多的理由，也不能否认它对国家，对社会的经济性；和对通奸，强奸的不经济性。但是，对此态度和观念相差甚远。

有的国家的传统文化中比较盛行稳定的男女关系，那就在婚姻之外广泛一通奸作为补充，而最先满足的就是权力阶层。自上而下，包养情妇。因此，娼妓就会被禁止。因为明娼被禁止，暗娼就更加有利可图。因为风险加大，成本提高，暗娼的性服务就有昂贵的价格。嫖客既要承担昂贵的价格，又要冒很大的风险，潜在的嫖客就会分化，而有种种对他们更加经济的选

¹ “在法国、英国、意大利、日本等国家，卖淫并不违法。在西德，卖淫虽然合法，但娼妓必须注册登记，并强迫做健康检查。许多都市都制定法令以规范卖淫。虽然荷兰并没有反对卖淫的法令，但在阿姆斯特丹却有法令禁止娼妓坐在窗户边勾引等待顾客上门。在美国，每个州都有关于卖淫的规定。法律不只因州而异，也因城市而有所不同。例如在内华达州的某些郡和城市，法律准许发照给“绿灯户”，而在其他地区，引诱顾客却是非法的。”引自：第七章伴侣之间的性生活(四)，金赛性学报告，available at: <http://www.millionbook.com/xd/qt/jinsai/010.htm> (accessed on 31 Jan. 2003).

² Lois Gormley, Prostitution pumps millions into Nevada's economy, available at: <http://www.jour.unr.edu/outpost/community/archives/com.gormley.prostitute.html> (accessed on 31 Jan. 2003).

择。

潜在的嫖客有的经济能力很强，能够支付昂贵的性服务的价格，而且毫不吝惜这种用货币购买性服务的消费，那就转化为暗娼的消费主体。

潜在的嫖客有的经济能力有限，不能支付昂贵的性服务的价格，处于暗娼的性服务消费的边际线以下；有的虽然有经济能力支付能力，但是特别吝惜自己手中掌握的以货币形态存在的财富，而对于一定程度的风险倒是别有一番挑战。这两类的潜在的性服务的需求者，就会想方设法采取欺骗，引诱，威胁，强迫的方法去掠夺性服务，这样对他们来说是唯一的或者说是理想的选择。他们就实施了强奸行为。¹

强奸——掠夺性服务的行为没有预付的经济成本，只有预期的惩罚风险，而且很大，一般是要判处死刑的。因此，掠夺者就会不择手段地掩盖掠夺行为，而降低受到惩罚可能性。不象盗窃财物的行为，指纹和脚印是最重要的侦查线索。掠夺性服务过程中存在直接的被害人，这些人可以指控甚至指认行为人，即使现场能够沉默，不能保证事后不报案。因此，性服务掠夺者的预期惩罚风险促使他进行一个可怕的选择，对于他来说是最经济的，那就是杀死被害人，这样就没有了直接的报案和指认者；甚至毁尸灭迹，这样就更增加了发案和破案的难度。有三个几乎不变的等式决定了性服务掠夺者的选择：

强奸=死刑

杀人=死刑

¹ "Men need pornography and prostitution as an outlet for their sexual urges or else they will rape women.", 引自: Do pornography and prostitution stop rape? Available at: <http://home.vicnet.net.au/~beware/dickasks.htm> (accessed on 31 Jan. 2003).

强奸+杀人=死刑

而最后一种是最经济的，所以成为强奸犯在掠夺性服务后的紧急状态下的首选。

一句话，因为没有明娼，嫖娼的经济成本和预期惩罚风险提高，有一些潜在的性服务的消费者就会选择强行掠夺性服务，以更大的预期风险来克服经济上的弱点；作为降低预期惩罚风险的途径之一，杀死被掠夺了性服务的被害人。

很多研究认为，不禁止娼妓的法律体系下，强奸犯罪就会少一些。没有强奸罪判处死刑，而又杀人罪判处死刑规定的国家，强奸而且杀人灭口的案例就会少一些。大概是因为娼妓的合法化更加经济的缘故吧。

腐败社会警匪一家的经济分析

Economic Analysis of Collaboration Between Police and Criminals in Corrupt Society

警察和警察机关从腐败中活力，受到激励，犯罪越多，利益越大（从犯罪人那里取得贿赂和罚金提成）。犯罪人进行行贿，缴纳罚金后，仍然获利，并且没有监禁。继续进行犯罪，仍然有利可图，被发现的话，再次行贿和缴纳罚金，重复上次的过程。警匪双赢，对真个社会和公民有害。警察越来越腐败，犯罪增多并且越来越公开化，腐败将达到警匪利益最大化的程度为止。

犯罪分子获利润：获利总金额- p （贿赂+罚金）

警察获利润： w 工资+ p （奖金+受贿+罚金. r ）

对于首控制的罪犯来说， $p=1$,即 100%。因此，犯罪分子的利润是由警察接受贿赂之后保留的，罚金被打了折扣，警察利润不是主要来源于罚金，而是贿赂。

以上是腐败的初级阶段。

在腐败的高级阶段，罚金也被纳入警察侵吞的范围，人人侵吞，也就不存在谁告谁的问题了。

在罚金上的 r （提成比例）变成 100%。

犯罪总获利越大，警察工资奖金越高，他们的利益就越高。

在腐败的最高阶段，

犯罪增加，警察就业人数增加，犯罪获利更大，警匪利益也就更高。警察成为最热门的职业，人人都想当警察，当不了警察就当强盗，都能获利。只有一小部分人（riskavoider）当不了警察和强盗，而只能当被害人。此时警匪利益最大化达到了极致，腐败形成了大气候（没有至少五千年的文化积淀，这种规模化的腐败的形成是不可思议的）。

犯罪 $B > PTS$

p 为可能性，T 为 time，S 为每年的 spend。

$$B = INCOME_{crime} - pC > 0$$

P 为可能性，cost 为成本。

$$C = Bribe + Fine$$

$$B = INCOME_{crime} - p(Bribe + Fine) > 0 \quad (1)$$

对于警察来说，

$$B_p = W + p(Br + r.F) \quad (2)$$

$$P(Br + r.F) > 0 \quad (3)$$

腐败社会在反的发案率 $p=1$ (犯罪认为警察所控制) (4)

因此，p 可以不予考虑。

因此，(1)变为

$$B = Ic - (Br + F) > 0 \quad (5)$$

而 r 也=1（警察将罚金全部侵吞）（6）

因此（3）变为 $Br+F>0$ （7）

因此，（7）极易实现。对于警察来说，任何犯罪都是有利可图的。

对于罪犯而言，任何 $Ic-(Br+F)>0$ 都是有利可图的。因此，只要 $Ic>Br+F$ （8）

潜在的犯罪人就实施犯罪

警察为了恒久地得到 $Br+F$ ，必然使 $Br+F$ 小于 Ic 。

警察的预期成本为 0：

$BENEFIT_{police}=I_{corruption}+W$ -possibility Punishment（9）

警察发案率极低， $p=0$

因此， $BENEFIT_{police}=I_{corruption}+W$ （10）

$I_{corruption}=Br+F$ （11）

为了 W ，即警察的就业，必须有犯罪，否则警察失业

$W=0$ 。 $INCOME_{corruption}$ 也失去了机会。

W 的有无与犯罪多少无关，但是 W 的高低与犯罪多少有关。是国家所发。国家 $revenue$ 的多少与犯罪的多少有关，犯罪越多， $revenue$ 就越高，意味着雇佣更多的警察。犯罪越少， $revenue$ 越少，意味着雇佣更少警察。同时，犯罪越多，警察工作需求越大，工资越高，犯罪越少，工资越低。

因此，职业警察的设立有一种防总犯罪的激励，职业监狱的设立，则有一种席后更多犯罪人的激励。不仅警察汇腐败，监狱也会腐败。

治安、刑事警察的腐败似乎是互相矛盾的（另外还有法官、检察官受到更多罪犯、更多利益的激励）。但是，维持一定数量的囚犯在一个人口数量很大的社会，并不影响潜在罪犯的数量。况且监狱并不需要真正成为矫正罪犯的工具，而是把罪犯培养成可以使警匪监三赢的人力资源，是三位一体的腐败经济的核心人物。即惯犯、再犯为警察，初犯、偶犯为监狱。

三、私人预防的迫切需求

1) 单个人预防，如若者的自我保护，富者的自我保护，私人保镖。

2) 私人预防的集体化，村民、居民自救，邻里互助，私人保镖联合。

四、私人预防，对于犯罪预防和警察腐败的双重抑制

1) 低人力成本社会，私人雇佣活动成本的低廉性，个性化犯罪预防，有效防范犯罪，减少犯罪发生。

2) 排除警察介入，减少贪污贿赂成本和敲诈勒索风险。打死犯罪分子，饿死贪官污吏战略。

五、私人预防的成本及其对策

1) 国家减税、司法减支，以利于私人预防的投资

2) 公民集体施压，改变国家预算项目，以使司法腐败釜底抽薪。

3) 司法是公民的服务员，罪犯是公民的阶下囚，而不是双双成为老爷。

与树木共生的法经济学

Economics of Forestry

看看这些树木吧。看完之后，听一下有关树木的法经济学。

第一视觉，看到大树小树，五味杂陈。大树即将成才，而小树还在拼命成长。大树不论是否太成器，却也占尽了先机。阳光雨露自然要比小树优先。幸亏还有距离，小树尚能苟且。很快就会有空间了。树木不会被允许无限制地生长。所以，如果小树善于等待，总是会有机会的。

树木长到什么时候就会被砍掉？一般来说，要看树干本身的价值。大树由于长年累月的生长，有了较大的价值。而小树生长较少，树干的材积还较小，价值也就低。不过，要看到极大的树和极小的树，可能都没什么价值，因为往往是适中的树比较常用。极大的树运输加工起来会耗费额外的能源。极小的树则不能充当栋梁，材质也会较差。

但是，树干的价值不是一成不变的。要看树木什么时候会长得快，什么时候生长会变慢。树木小的时候生长的速度较快，大的时候生长的速度就会变慢。注意，不是指长多少，而是指长的比率。如果树木的生长速度，能够一直快于被砍倒卖掉变现存入银行的利率，这树很有可能会被留着继续生长。如果它长得慢于银行存款利率了，就会被砍倒卖掉变现存入银行。这是

一颗树最基本的命运。所以不要指望参天大树一直会被允许生长，当它长到与存款利率没有竞争力的时候，就离被砍掉不远了。

当然，树木的运气可能还不如这个基本的命运这么好。因为如果主人需要钱，而银行贷款利息又比较高，高于树木生长的速度，那么主人没有办法的办法，就是砍掉正在生长的树卖掉变现，用以吃喝玩乐看病旅行。

一些情况会造成好树木被理性地砍掉。比如树木疾病流行，成长的树木都有可能感染而被毁坏。这时，让这些树继续长着，回禀更大的风险。差不多的树就会被提前砍掉充当较小的材料。

还有一些情况，树木会被非理性地砍掉，而不计收益。比如，主人有赌博的恶习，那么欠了赌债甚至高利贷的情况下，就会毫无理性地砍树卖钱，而无论树木的生长和木材的价值如何。

树木的生长还会受制于主人的风险偏好。如果主人愿意冒险进行风险投资，而现金流不畅，也会打起砍树的主意。假如期货、股票、理财、持有房地产、黄金、比特币等有了泡沫，在泡沫破裂之前，主人认为值得砍树卖钱去投资。

但是，风险偏好较弱的人，不会砍树。因为树木生长是一种长期收益，虽然收益较风险投资为少，但是比较稳健。

喜欢冒险的主人把树砍倒卖掉进行风险投资，结局各异。假如 2010 年 8 月 17 日砍掉若干树，卖了 100 美元，买回 3000 个比特币，总共才花 90 美元，今天（2016 年 6 月 21 日）卖掉了，能卖到 1973700 美元，大略是投资的 21930 倍。

但是这么幸运的人不多。有的人可能投资了中国的某种股票。赚一点的人是有的，亏一点的人也是有的。树砍掉了，钱也没赚到的人是多数。砍掉

全部的树木，全部变现，而且加了几倍杠杆，全数买了错误的股票的人，结局是除了长在森林里新生的不成材的树之外，一无所有。那些新生的树虽然长得快，但是若干年还不能具备上市交易的价值，还不能见到收益。所以主人是彻底输掉了。结果物质极度的匮乏，精神极度的沮丧，跟随着络绎不绝的人跳楼。这就是砍树变现风险投资的可能结局。

一种可能的喜剧结局当然是获得了大量的收益，远远超出了种树的收益，发财致富。

还有的人参加了某些理财项目，比如投资煤矿、房地产的集资。煤矿的泡沫已经破裂，房地产的泡沫还是个未知数。有的人树砍掉了，钱没了，拿到一些其他财产，比如房子、烟酒。烟酒本身也有泡沫，差不多破裂了。房价也不会像树木一样不断地疯狂生长。所以拿到什么都不如拿到长在森林里的树木合算。

拿到大量烟酒的人，变现十分地困难，因为同样的人大量存在。结果有的染上烟瘾、酒瘾，结局也十分的悲催。另外一些人没有染上烟瘾、酒瘾，却也精神长期极度地郁闷。悔不当初砍树卖钱。

但这也是相对的。因为木材的价格也是变动的，受制于需求和供给。所以树木被砍掉的可能还包括木材的供给增长快于需求增长，价格降低的比率大于木材生长的比率。也就是说长在森林里的树长出的木材得价值不如价格下跌失去的价值多。那么差不多点的树木就会被提前砍掉卖了。

当然，森林的生态环境，不是砍掉大树就荒了，森林还在继续维持，小树还在继续生长，因为只有小树的生长速度总要比银行的存款利息高，小树价值的增长速率总要比价格可能的下跌率要高。否则，森林就会被铲除，森林生态环境就彻底瓦解了。

此外，树木所生长的土地的规划和土地的市价也都对树木的前途和命运有很大影响。如果土地要被开发，不论什么原因，树木都会被砍掉了。

当然，土地是否被拿去交易，还有主人的决策因素。主人会衡量卖地带来的短期超额收益与卖树带来的长期稳定收益时间的关系，以及自身能够享受种种收益的预期寿命。还有土地主人对于这块土地的心理依赖性，也很重要。这些都会影响决策。

土地的私有权是一种绝对的权力。土地私有权保障土地主人在自己土地上的自治。

还有，森林往往不需要很多人工和投资，而是自然生长。所以森林的维持其实是非常耐久的。没有人工干预的森林，反而会长势更好。没有投资的森林，主人反而只是来衡量木材的品质和价值，更少考虑树木的成长速度和银行的利息的关系。特别是在福利国家，栽几棵树就可以坐等将来砍树卖木材，等到什么时候全凭自己的喜好，因此，福利国家的树可能生长得更自然。

规矩的报偿

Reward of Rules

日本是一个规矩比较多的国家。从工作到生活都有一整套琐细的“ルール”（rule）。在去日本之前，有关的人员就对我们作了很多的灌输，有同事，有亲友，也有日语老师。有正面的，也有从反面来讲的。因为毕竟有人对很多规矩不是很在意。

刚去日本的时候，买了一辆新自行车。不需要仔细看，在大梁上就贴着标签，是“中国製”。里面有一大堆的说明书，足足有 200 页厚，都是日文的。个人在中国骑自行车很久了，大约有 30 年的历史，可是从来没有人教给骑自行车有什么规矩，全凭自己观察、思考和总结。甚至于骑自行车走人行道还是机动车道，骑自行车可以带人与否，如何处理机动车、自行车和步行人的先后关系等，都是靠揣摩之后总结出来的。

好多情况下，其实没有什么规矩可循。尤其是机动车与步行人和自行车抢道的现象，反映出在道路交通中弱肉强食的强盗心态。许多国家都没有专门的司机职业，而中国的职业司机比较占有优势。因为他们开的都属于公车，或者开的是有权有势有钱的人的车。因此司机的心里优越感。狐假虎威，狗仗人势，这些是骂人的话。不过有的司机恰巧可以落入这些被骂的人

群。要不然中国五千年文化中这些能够用以骂人的国粹就失去了意义。

对于机动车抢道已经司空见惯了。后来一直还出现了地方政府制定机动车撞死人白撞的豁免条款。这些规定基本上就是这样行文的，用的是“撞死”和“白撞”这两个词，推测政府的初衷，理所当然主要是针对我们中国自己人的。如果说针对外国人，那就得说撞死外国人白撞。可见中国人的人命和狗命没有什么差别。想起来过去“华人和狗不得入内”的告示为外国人所为，而今一些地方政府公然出台正式规定，无疑说“撞死中国人和狗一律白撞”。因为把人撞死还是白撞，当然撞死狗也是白撞了。如若撞死人白撞，而这一规定不适用于狗，撞死狗不白撞的话，那么中国人还不如狗的地位高、待遇好了。

撞死白撞的规定不是没有由来的。解放的时候斗那些是地主或者不是地主的人，斗死白斗；三年困难时期，饿死白饿；文革的时候，打死白打；唐山大地震，震死白震；深圳的工厂闹火灾了，烧死白烧；石家庄大爆炸，炸死白炸；为腐败而激愤，气死白气；赴海外的留学生互相残杀，杀死白杀……在天灾人祸面前，中国人的命就是没有价值。

对此，心态的平衡慢慢就取得了。心里时刻准备着，见了我们自己的中国同胞谨慎点，随时准备逃跑，以免发生危险：处女被抓起来当老妓女；没有身份证就被活活打死；省长的汽车能和火车相撞……躲开中国人，就是躲开了危险。否则，一辆汽车冲进小学生的队伍撞死六、七个，还只是个交通肇事罪。

反过来，骑车带人本来没有什么危害，但是这是被加以严格禁止和处罚的现象。这也从内心逐渐消化了。

还有，有关自行车本身作为一种机械装置，其使用有什么规矩，也从来没有过专门的训练：骑自行车上下坡怎么办，过交叉路口注意些什么，身

躯、四肢、视线等怎么摆布，自行车要不要有灯，要不要有刹车闸，一些零部件坏了怎么办，能不能自行拆装和修配，拆装和修配时结构稍有改变可以不可以，拆装和修配时使用的工具和物品有没有可能对于身体造成损伤，自行车加装一个电动的或者燃油的发动机可以不可以，等等，这些问题的答案也是靠自己揣摩出来的。

读这辆“中国製”的自行车的说明书，顿时眼见大开，豁然开朗，发现以前三十年间自己总结出来的一些经验和规矩都详细地写在书中，而有些做法还确实潜藏着一定的“危险”。

在中国经常买自行车，买了自行车直接骑走，没有什么说明书，甚至没有什么发票。自行车怎么骑，是自己的事情。自行车，除了有保修的以外，坏了怎么办，也是自己的事情。卖自行车的人从来没有像日本人那样认真地遵循过规矩。买的人也从来没有把自己当作取得一种权利的主人。

中国卖的自行车大多没有灯，也大多没有铃铛。除了配上这些东西会被懂事和不懂事的中国人偷掉以外，还有就是厂家也并不考虑这些有助于安全骑车的设备。因此有个经典的相声说，一辆自行车“除了铃铛不响哪儿都响”的自行车，在中国的道路上可以畅通无阻。当然在日本也可以畅通无阻。不过厂商已经在说明书里面提醒说，这样骑自行车是危险的。同样的提醒还包括没有灯是危险的，容易被别人看不见，也容易看不见别人；刹车闸坏了是危险的，在需要停的时候停不下来，在需要减速的时候也减不下来；坐在车把上骑自行车或者在车把上带一个人是危险的，容易把人掉下来摔伤，也容易挡住视线看不见路况；轮胎里面有气的情况下，取出气门芯是危险的，容易随着气流冲出而伤己伤人；粘轮胎用的胶水对人体是有害的，特别是对眼睛和皮肤特别有害，万一粘到皮肤上或者弄进眼睛里，要用清水冲洗，必要时要到医院看医生；为了自行车链条的正常工作要经常上机油，但

是上了机油可能对衣服造成污染……自行车坏了需要去找专门的修理人修理，使用合格的配套零件，否则会造成损失或者形成危险。

过去，我有个老乡，在他十来岁的时候看别人修理自行车，结果气门芯喷到眼睛里，一只眼睛因此失明，只能装进去一只玻璃球。还见有人的自行车脚蹬子坏了、后倚架坏了，就用木头仿制了装上；还见有人自行车没有刹车闸，刮泥板正好也没有了，在需要刹车的时候，就用脚伸到前轮上用鞋底刹车；有人的自行车没有护链板，裤子被链条上的机油污染，甚至绞入链条中；有人驮着小孩，结果小孩很小的脚被卷入车轮和车架之间；有人骑自行车的时候，左顾右盼，左冲右窜，甚至从上风头吐痰、擤鼻涕……这些事情，恐怕每一个读者都或多或少地见识过一些吧。

读了这本“中国製”而在日本卖的自行车的说明书，感到自行车这种本来不太复杂的交通工具，在日本市场的“准入”是非常严格的，日本自行车市场对人的尊重和关怀也是无与伦比的。

与此相类似，日本市场上“中国製”的商品是很多的，比如电器，包括好多贴着 Sony, NEC, Toshiba, Seikon, Sharp, Fuji, Toyota, Honda, Isuzu, Mitsubishi, Fujitsu, Panasonic 等商标的商品，都是明明白白地标着“中国製”，里面也同样装着大本小本的说明书。而中国市场上的这类商品，很多则注以“Made in Japan”。乃至本来是中国造的商品，也以贴上日本造、美国造甚至韩国造、台湾造的商标为荣。这也是两国商业领域的不同见识造成的。

对于中国人来说，“Made in Japan”中的“Japan”是个品牌概念、品质问题，目的是为了畅销，为了找到销路、吸引买主多赚钱。其中不乏对于我们中国自己人充满欺骗的意味，好像骗自己人骗得理所当然；对于日本人来说，“中国製”中的“中国”是个地理概念、由来问题，目的是为了信

誉，为了讲明真相。用中国人的话来讲，就是“是驴是马”拉出来溜溜，让人家看。

日本有好多世界知名的品牌，日本在中国设有好多的工厂，像在大连还有“日本工业团地”。按照日本的法律，这些日本工厂生产的产品用的是日本的商标，标明的产地只能是中国，叫“中国製”。这是一种规矩。

在日本，销售的商品不管是“中国製”还是“日本製”，他们并没有什么歧视，也不存在抵制华货的问题。日本人日常生活面对的商品，好多都是“进口”的，而且来自中国、越南、印度等国家的无计其数。对他们而言，似乎没有什么国产、进口的问题。全世界的名牌摆在超市里面任人挑、任人捡，也从来没有人会告诉你说这些可是名牌。名牌不名牌是你自己心目中的印象和选择。即使是生产和销售“名牌”的厂商也不太愿意自我吹嘘说：“我生产的是名牌！我销售的是名牌！”这句话好像只有我们中国的广告里面能看到。但是反过来日本人对于商品品质的要求，要讲究规矩。

规矩的报偿是很显著的。遵守规矩就会万事顺遂。规矩的惩罚也是很残酷的。违反规矩的人，很多遭受了痛苦。日本销售的商品虽然不是个个都好，但是绝大多数是可以放心去买的，放心地去用。

今天的日本人在世界上很有地位，没有被人瞧不起。说小日本，不再说明日本小、日本人小。日本的规矩打败了很多国家，打败了很多国家，在科技、经济和社会发展中赢得了全世界的赞誉。反而倒是过去瞧不起日本、瞧不起日本人的人，被人瞧不起了。被人瞧不起有种族主义的原因，但都是由于行事没有规矩造成的后果。我们连全世界用户最多、市场最大的自行车的规矩上都不能和人家平起平坐，被人瞧不起，在世人面前不能抬起头来，恐怕就是规矩最严厉的惩罚。

有一次，我下载了一个 MP3，是一个中国电台主持人做节目的录音。一

个在华日本留学生打进电话来参与。这个留学生在中国一段时间，学会了中国话。他说花了一个月时间给主持人写了一封信，不仅已经寄出去了，而且还希望在现场直播的情况下念一遍。主持人给他三分钟时间。从信的内容来看，这个日本留学生刚刚学会中国话，就知道怎么表达对于中国人的鄙视，称他就是看不起中国人来，就是要管中国叫“支那”。三分钟左右时间到了，从录音来看，中国主持人很严厉地制止他，他还在念。主持人没有也不可能深入的评论。听了这个 MP3，我想多数听众会哑口无言。不仅我们会憎恶那个憎恶我们的猖狂的日本人，而且我们会憎恶使我们为日本人所憎恶的文化，没有规矩的文化，再演绎到腐败的文化、一盘散沙的文化、人云亦云的文化、在现代社会迷失了我们自己的文化。

英国脱离欧盟的社会与安全影响

Effect of Brexit on Society and Security

导论

全民公决（俗称公投，现在公投也在严肃意义上频繁使用）是现代社会最高层次民主的政治决策方法。英国通过全民公决决定欧盟成员身份的去留，足见该政治事项的难度和重要。

英国公投脱离欧盟，引发诸多的议论。宏观微观、正面反面、长视短视、重视轻视各有基点。本文旨在站在中立的立场，以独特视角分析英国脱离欧盟对英国、对世界、对历史、对文化的远期价值。本文所不涉及的问题是某些国家希望借助在英国的欧盟成员国的身份谋求其自身的短期利益，而英国的退出对其产生的短期影响。

自英国于 1973 年加入欧盟的前身欧洲共同体，到 2016 年 6 月 23 日公投脱离欧盟，四十三年过去了。从有加入的意愿到被无情拒绝，从如愿以偿加入到产生退出的意愿，这是个历史的发展过程。对于欧盟而言，英国的来去影响深远。而对于英国而言，欧盟的留去也同样意义非凡。对于整个世界而言，有英国的欧盟和没有英国的欧盟，在欧盟的英国和不在欧盟的英国，各有千秋。

英国与欧盟其他国家的关系，就像几个人合伙做生意。生意做起来了，合伙继续存在。生意做不起来，合伙就散了。这是一件很自然的事。当然英国留在欧盟也是风风火火，顺风顺水，这是一个生意做得还可以的合伙。不过今天它选择退出了。虽然去留欧盟不是一件小事，它带来的暂时物质损失，更重要的是心理冲击都是可以预见的，但是这件事情的最终消化却将是一个积极的过程。应当看到，留下来，将是长痛；退出去，只是短痛。

世界虽因联合而和平，却并不因联合而繁荣而幸福。在不联合而有和平的前提下，追求繁荣和幸福的道路自然是多种多样的。分析英国之脱离欧盟，不能只看当下的蝇头小利，而要放眼历史，更要放眼全球。

一、英国之与欧盟及其前身欧共体，历史上就一直若即若离

历史上，法、德、意、比、荷、卢大陆六国于 1951 年以巴黎条约设立欧洲煤钢共同体。该六国又于 1957 年通过签署两个罗马条约设立欧洲经济共同体与欧洲原子能共同体。英国还远远没有加入。英国一直很不情愿放弃英联邦内既得的纽带，以及英美特殊关系。况且英国两次世界大战均未被占领，没有战争的顾虑（注 1）。

但是，随着冷战的发展，英国还是希望寻找更大的安全感，于是 1961 年想加入共同体了，却被法国的戴高乐给否决了。直到 1972 年英国才有欧洲共同体法案，设立了加入的法律依据，1973 年最后加入，但并未生效，因为英国人民意见不一。1975 年是通过一次全民公决才以三分之二多数正式确认的。相比之下，挪威 1973 年因政府决定而加入，但是因全民公决否定而又退出；1995 年再次全民公决，再次否决加入的议题。可是，1993 年英国在批准欧盟条约的时候，实际上也与德国、丹麦一样拖延了很久。不过最终获得通过（注 2）。

尽管英国加入了欧盟，国内反对的声音也一直没有停止过。虽然一直没有再次进行公投，但那是迟早的事。等到退出的呼声与留下的愿望势当力敌的时候，公投的时机就到来了。所以，现在有这样的公投，是非常正常的。

二、公投退欧是英国政治的高级决策形式

英国是一个君主立宪制的国家。几百年来，皇家基本上只是作为国家的标志，对于政治不再进行明确的干预。但是，退欧对于皇家利益而言，不无裨益。在欧盟之内，皇家没有多少事干，没有多少机会代表英国出头露面，没有机会表现他们的存在和价值。退出欧盟，英国在另一个更加紧密地国际组织英联邦之内，皇家的地位是不言而喻的。女王现在是 53 个国家的元首，其威望与地位是世界上任何一个单独的个体所无法比拟的。

英国的政治家是选民的代表。选民选举他们代表自己，也可以罢免他们。政治家也知道，选民肯定他们的代表权时，他们是代表；选民否定他们时，他们就不能再做代表。有些重大事项，政治家不愿冒险承担责任。英国的政治家知道，民意不可违。民意就像洪水。英国政治家是不会去防洪、抗洪的，是不会占在洪水里面跟洪水搏斗，直到被洪水淹没。这洪水是民意。所以，组织公投和接受公投，是他们的天然职责。

对于公民来说，现在，全球能够举行全民公决的国家和事项是很少见的。一般而言，只有在民主政治相当发达，只有对于涉及重大国家与社会利益的事项才诉诸公投。公投的结果，是一项严肃的政治定论。公投的多数决定，当然仍然存在反对，但是已经是目前人类社会最高的决策方法，与普选一样，大家必须接受其结果。反弹是会有有的，但是紧接着公投结果的反弹，只是一场闹剧（注 3）。只要不演变成大规模的街头政治，不落入动乱的泥淖，类似四分之一世纪前的前苏联、东欧、几年前的泰国、近几年的阿拉

伯世界，没有国内政治的巨变，退欧的民主政治决策已经生效。

三、欧盟扩大化有点盲目冒进，反弹属于必然

20 世纪 90 年代以来，欧盟扩大化的进程有点盲目冒进。原因有二，一是希望乘苏联解体、东欧变色、俄罗斯软弱之际，尽早延及原来苏联的势力范围；二是误认为大就是强，合作就是共赢。因此，西欧国家急于拉拢中东欧国家入伙，而牺牲了自己的利益，特别是文化传统和生活方式。因为欧盟全体成员一致同意才能接纳新成员，所以可以说，原有国家都有这种急躁情绪才能在乱世草率达成共识。英国也不例外。如果英国当初能够阻止这种盲目扩张，也能防止今天欧盟一时成为烂摊子的结局。但是，英国当时和其他国家一样，放弃了原则，使欧盟扩大得太快、太仓促。

结果，欧盟国家鱼龙混杂，夜郎自大者有之，坐吃山空者有之，自甘堕落者有之，见风使舵者有之，投机取巧者有之，离心离德者有之，吃里扒外者也有之。总体上而言，新入伙的成员大都成了老成员的负担。老成员自然心生怨气。英国的退出就是这种怨气在民意上的明确表达。当然，欧盟裂解也是包括英国在内的老成员国在 21 世纪初自酿的结果。

其实说到底一句话，如果不是为了防止战争，欧盟解散对于西欧、北欧是利大于弊。东欧、中欧、南欧国家大概愿意留在欧盟，乘北约、美国之武力，寻求保护伞，以防俄国的霸凌（bullying）。俄国是三个半世纪以来一直保持扩张最甚的国家。向东扩张到太平洋，把大清压迫到黑龙江以南。向西扩张到大西洋。古代欧洲所有的帝国中，惟有俄国笑到今天，也惟有俄国直到今天仍然在扩张。凡是俄人所到之处，都是俄国的天下。不像其他国家的人，到了哪里就成为哪里的臣民。中东欧国家都有恐俄症。今天，东亚国家都对俄国噤声了，反而是具有恐俄症的中东欧国家明里暗里抨击俄国，防范

俄国，拉拢域外势力来围堵俄国。

但是欧盟、北约、美国也主要只是一种精神寄托。如果俄国真正武力相向，恐怕欧盟、北约、美国也不会卷入太深。所以，归根结底，欧盟存在对于发达国家是鸡肋，对于小国是熊掌。欧盟之内强国帮助弱国是一种国际主义理想，但是也要考虑其实际后果。英国脱离欧盟就是其权衡和考量后的选择之一。

四、英国退出有助于世界文化的多样性

首先，英国对于欧洲一体化的抵制，使得英国独有文化可以继续独立发展，减少东风侵蚀。特别是英国法律体系和法律文化的独立存在，对于整个世界具有非常重要的示范性的价值。多年来，英国的法律体系受到欧盟法律体系的掣肘已经发生了一些变化。英国传统的改变不全是好事。而现在停止这种改变，也为时不晚。

其次，欧盟法律体系因为英国的退出，也可能回归欧洲大陆的传统。英国原为欧盟重要成员，欧盟法律体系从英国法律体系借鉴颇多。比如欧盟对于判例的利用，备受英国的影响。英国脱离欧盟，没有英国思维的参与，这种影响会逐渐削弱，必然有回归原有传统的趋势。

最后，英国的成功退出，为其他成员国维护传统优秀文化提供了范例。无论法国、德国还是北欧国家，文化上都有无数家珍，可圈可点。现在欧盟之内鱼目混珠，先进国家自保不失为保存多种文化传统的万全之策。可以说，有影响力的优秀的文化成分永远不会变得暗淡无光，而它们可以作为抵御恶劣的文化成分的铁壁铜墙。英国退出欧盟对于防止其固有文化遭受外来恶劣文化成分的腐蚀具有重要的历史意义，比如腐败，比如乞讨，比如专制。而其优秀文化成分的对外影响比之以往毫不逊色。试想牛津、剑桥，他

们会从此关门吗？

英国之在欧盟，使得欧盟国家的精英阶层在教育领域受益颇丰。他们占尽地利，挤入英伦，动辄拿一张牛津、剑桥的帽子回来，颇自豪，也颇占先机。英国不在欧盟了，牛津、剑桥的大门将更遭趋之若鹜，它们的帽子将更加奇货可居。

五、英国退出对于英国并非险棋

英国从来不是一个孤立的国家。征战和战争并未使之与世隔绝。好不容易挨到周边世界一派和平之气，国力却逐渐衰落。衰落的过程中，又加之欧盟内大量摇尾乞怜的弱国、小国、穷国的明偷暗抢，大有雪上加霜之势。最使之沮丧的是，对外失去其历史上所具有的发言权，对内不能维护其国民的福祉。所以，英国的独立从心理上早已水到渠成。对于公投的结果，只要坦然接受就好，不需要惊慌失措。

欧盟 27 个国家，虽然英语只有在爱尔兰还使用，但是其实英语在欧盟还将是重要语言之一。英国文化在欧盟的影响，并不随英国退出而终结。这是英国文化、教育等对于欧盟精英吸引力的源泉。如果说英国留在欧盟会吸引各阶层欧盟公民到英国混饭吃，那么，英国脱离欧盟则会重新回到优胜劣汰的历史状态。也就是说，英国仍然能够吸引、能够得到所需的精英，而阻挡了那些底层的欧盟移民。

曾几何时，由于欧盟内部人员流动的自由，发达国家开始出现乞丐遍布的街头奇景。即使在北欧这些福利国家，内部人民安居乐业，哪有功夫街头行乞？而今走到哪儿，哪儿都有乞丐。更有其他国家盗抢团伙，打一枪换个国家，驾驶直升机、开着汽车越境作案。发案虽属少数，但是这些国家备受其扰。英国也是一样，合法、非法移民已经使本地居民到了可以容忍的极

限。今天的公投，就是冲破这种极限的爆发。特别可以看到，英国的飞地直布罗陀的居民，备受非法移民的困扰，可以说已经是精疲力竭、到了生灵涂炭的境地。今天，他们以将近百分之九十的退出选票给与了最佳的答案。站在直布罗陀居民的角度置身处地地想一想，再不退出，他们那里的生活还能叫生活吗？只能苦不堪言、噤若寒蝉。

六、英国脱离欧盟，面向世界

四百年来，英国一直是世界上最为发达和强大的国家之一。在大家都殖民的年代，英国也殖民了。在抵抗法西斯的年代，英国也抵抗了。在冷战的年代，也冷战了。在和平的年代，当然不十分安分守己。虽然世界上没有永恒的昌盛，但是这四百年现代化的积淀成为英国特立独行的基石。英国会不会变成一个二流、三流国家？离开欧盟的英国比起留在欧盟内的英国可以延缓这种可能。脱离英国是一种趋利避害的选择。

英国脱离欧盟，并不脱离世界，并不脱离市场，并不脱离其他国际组织。可以选择的范围比如 the European Economic Area (EEA), the European Free Trade Association, Customs Union with the EU, World Trade Organisation (WTO)。只会提振其地位，不会使之没落。现在悲观论的理论基础似乎是，一旦英国退出欧盟，全世界都变成了英国的敌人，英国也变成了全世界的敌人。实际上，最起码的常识是英国仍然与原欧盟成员国家是密切的伙伴关系。正如挪威、瑞士、冰岛不加入欧盟，仍然是世界上繁荣与幸福的国家之列。远在东方的日本，远在南方的澳大利亚和新西兰，地缘上与世隔绝，也并不阻碍其独立发展，则是另一个明证。甚至中国、印度，地缘政治上周边不是敌人就是累赘，真正平等意义上的朋友不多，但还不是正在快速发展？

在联合国，那一票否决权就使英国跻身世界级大国之列。核威慑力量和

北约成员地位，使之防卫无虞。在各种国际经贸安排中，并不受失去欧盟身份影响。在国际舞台上，英联邦 53 个国家中，英国依旧是龙头老大。英美关系只会加强，不会削弱。英俄、英中、英印、英澳关系也能更加独立地发展。可以说，独立的英国能够更加自如地处理国际关系，而不是在欧盟内部利益已经达到了边际的情况下仍纠缠在繁文缛节当中。

当然，如何看待英美特殊关系，如何评价其对国际局势的影响，世界各有不同的角度。特别是近 21 世纪以来，英国被美国的中东政策连累不少，以至在攻打伊拉克的决策上不乏失误（注 4）。作为同宗同祖的盟国，这也是难免的事情。而且，由于美国仍是世界上独一无二的超级大国，两国合伙在对外政策上犯了错误，时过境迁，也不会产生太大的影响。

从外部世界的角度来说，有英国的世界，少了一些寂寞。如果德国、法国出来的话，那世界才更能满足大家的怀旧情结。

七、世界比欧盟更需要英国

对于英国来说，欧盟是个小舞台，世界才是个大舞台。习惯于在大舞台上表演的演员，勉强在小舞台上表演了四十三年，也真的不容易。现在，重新回到大舞台上表演，唤起人们的热切期待。世界舞台需要新鲜空气。

对于英国脱离欧盟，世界各国领袖也不好说什么。但是至少不少国家的领导人心中应当窃喜。比如美国总统、加拿大总理、澳大利亚总理、新西兰总理、南非总统、日本首相等。

以往欧盟的作为，大多是作为一个市场。其他领域，特别是国际安全方面，只有潜在的力量，却并无显著已知的事例。当然，英国退出将是欧盟的实质损失，也使欧盟表面上削弱。不少欧盟国家不免对此扼腕痛惜。假如欧

盟将对英国的退出有什么不满要发泄的话，那就直接将英国一推，英国就势就跃到了整个世界。应当相信，以欧盟的智慧，不会对英国做出什么不利的举措。但是，英国寻求回归世界、世界拥抱英国的力度远比想象的要大（注5）。

用一个可能不太恰当的比喻，留在欧盟的英国，就是虎落平阳；而离开欧盟的英国，才是重新放虎归山。英国确实需要一位更有智慧、更有魄力的领袖去引领，去重塑世界级国家的风范。如果英国领袖就如一个省长一样，就逐渐没有了大国领袖的睿智和魄力，所以整个辖区就当然会被矮化。我们不妨说现在的欧盟各国领导人真的只有地区领导人的模样，担当一个大国的领导人气势不足。英国、法国、德国都近如此。其他很多国家领导人也有此趋势。现在，如果独立的英国有一位有担当、有威力的领袖，回到世界大舞台是理所当然的事情。

八、英国退出欧盟是对中东恐怖主义最致命的一击

中东恐怖主义的崛起，就是因为欧盟作为其难民的去向国优柔寡断、无力应对，从而在 2015 年绑架了整个欧洲。可以看到，来到欧洲的难民，除了少数妇孺，绝大多数都是青壮劳动力，其背景都是未知数。可以想象，能够涉危临险、远渡重洋、翻山越岭、长途跋涉抵达欧洲发达国家的人，必是不简单的人。有的是青壮劳力，有的是原来国家的达官贵人，不乏贪官污吏，甚至是恐怖分子的亲朋好友。真正的弱者不可能逃得出来，没有金钱，没有人脉，没有力量做这样的事情。

英国退出欧盟，将切断所谓难民的赴英之路，也将示范给其他备受难民困扰的欧盟成员国，一国如何可以自保，如何面对没有边界的共同体内流动着的披着神秘面纱的数百万陌生的人口，如何面对数十万登记在册的难民最

后不知所终，如何面对一千年前祖先殊死搏斗而抵御的意识形态今天以和平的特洛伊木马占领了自己的家园。要知道，英国、法国、比利时等国已经遭受惨重的恐怖主义袭击。预料不久的将来，这样的袭击阴谋还会不断地被揭发出来，如果不是恐怖袭击随时爆发的话。

如果中东难民无处可去，他们就地可以成为对敌作战的战士，不管他们为恐怖主义而战，还是为反击恐怖主义而战，他们将想方设法成为他们自己国家、自己命运的主人，而不是舍弃家园、临阵逃散。他们本来可以不逃，但是人都是机会主义者，因为有这个去处，就会奔赴这个去处。如果没有这个去处，濒临绝境的民族必然会殊死一搏。几十年前，中国人民、法国人民、俄罗斯人民也逃过，但是没有逃出自己的家园，后来又重建了自己的家园。这都是国际社会有目共睹的历史。

结论

如果说，世界上多数国家的历史都是折腾来、折腾去的历史，那么英国的历史则是一部百科全书，善恶在里面全写满了，这不需要我们的批判或者赞扬。就退出欧盟这一件事情而言，英国人民对于他们自己作了一个重要的抉择。

如果英国曾经在公投中占多数的人民不后悔，如果从此以往多数英国人民一直正面地看待退欧，如果欧盟能够正确理解和面对成员退欧的因素，如果世界不是惊慌失措，那么这个事件不会造成比英国在欧盟成员地位延续下去人民不能安居乐业更大的危机。相反，欧盟成员退欧的先例，将有助于欧盟乃至世界更加全面地认识国际形势的演变，更加性情地认识当代危机的根源。

注 1：J. Steiner and L. Woods. 1996. Text book on EC Law. Great Britain: Blackstone Press Limited. pp.3-4.

注 2：同注 1.

注 3：英国政府拒绝就英国去留欧盟再次公投的请愿。见 BBC 报道（2016 年 7 月 9 日），“英国政府拒绝举行第二次公投请愿要求”，
<http://www.bbc.com/zhongwen/simp/uk/2016/07/160709_uk_eu_petition_rejected>

注 4：Sir John Chilcot, The Iraqi Inquiry: Statement by Sir John Chilcot: 6 July 2016, <<http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247010/2016-09-06-sir-john-chilcots-public-statement.pdf>>

注 5：综合近期的报道可以看出，英国领导人已经开始四面出击，谈判脱欧后的与欧盟内外各国的经贸安排。

诉讼法原理导引

Introductory Lecture on Principles of Procedural Law

大家入读法学院一年以来，学到了法学的历史进阶，社会背景，基本原理，宪政制度，思辨方法，若干实体法内容。以前学到的法律本身，虽然不能说是一个静态的存在，但是也必须要有事实的触发。有依法依规事实的触发，也有违法违规事实的触发。依法依规的事实，我们大多在实体法的框架内寻求答案。而面对违法违规的事实，则要求我们进一步的行动。今天我就引领大家进入一个让法律之舟航行起来的境界，有关程序正义的诉讼法。如果说我们上一年造成了一艘法律之舟，这个学期，我们就开始给它安装一个发动机，来触发法律的运动性。程序法或者说诉讼法，就是这样的一个机制。

无论是民事的，刑事的还是行政上的事务，存在违法违规，就必须寻求法律上的救济。不满意的一方，受损的一方，被害的一方，或者代表社区、国家的一方，就可以提起诉讼，来寻求复位、赔偿或者惩罚。三大诉讼法统一在基于违法违规的事实而启动诉讼程序。提起诉讼的一方就是法律之舟的发动机。违法违规的事实则是法律之舟发动机的点火器。整个诉讼过程就是法律之舟的航海之旅。

波罗的海的周边，传统上属于斯堪的那维亚法系，可以大略地说也是接

近大陆法系的一个分支，与普通法律不同。如今的全球化进程导致两大法系，甚至其他法系，也都存在相互借鉴与移植，各种成分犬牙交错。不过，这里仍然不失为斯堪的那维亚法系。每个法系显著的特点存在于何方？实体法有之，诉讼法也有之，而以诉讼法为甚。因为，甚至实体法的差异也深深地为诉讼法影响之所及。比如，普通法系的法律渊源，传统上就是倚重于作为诉讼结果的判例。这是其举世无双的特性。斯堪的那维亚山地处世界之西北隅，其法系影响则及于整个波罗的海的周边。因此，以斯堪的那维亚诉讼法为核心，兼采其他法系诉讼法的精华，就有助于我们理解各法系、各国的诉讼法的详情。

从古代法到现代法，从私法到公法，从实体法到程序法，从普通法到大陆法，从国内法到比较法，从法哲学到法部门，诉讼法学是最有深度与广度的法学部门之一。

本课的基本目的是综合性地介绍法庭诉讼的法学理论，诸诉讼系统的概览，并且分别介绍民事、刑事、行政与轻罪诉讼程序。

课程内容包括诉讼总论，法庭诉讼程序特论，法庭诉讼及其变通方法的基本前景，以及证据概念与上诉程序。

本科为四个欧洲学分（ECTS）。常规教学制独立工作时间 72 小时，循环教学制独立工作时间 80 小时。独立工作内容为阅读与写作。

教学效果预期是，学生通过课程后能够掌握诉讼法的原理，包括证据的概念；掌握有关诉讼法的法律理论知识；能够研判各国目前的诉讼法问题，并且能够依据理论观点提出解决之道。

课程评估办法，两篇论文摘要，课堂小组讨论，以及闭卷考试（多项选择与小论文）。

阅读文献，每学分 160 页，4 个学分相当于 640 页。我们选择了波斯纳著《裁判反思录》、麦吉尼斯和拉帕勃特著《宪法原旨》、巴尔金著《与时俱进的原旨》、米勒德著《美国的司法政治学》、勃隆德著《证据》和桑德尔著《司法》。每个人自己去找书，拼成 640 页自己的阅读量即可。我还要提供一份替代参考文献清单，包括专著和论文，也可以从里面选择读物。请准备一份自己阅读的文献的目录，附在论文摘要的后面。

这门课也有两次考试机会。请记住，结业考试必须遵循注册程序。每个学期都有人忘了注册考试而错过第一次考试。考试成绩一经确定，离开教师，就无法改变了。学生提议做额外的工作并不能提高成绩。还有，学院不鼓励单纯为了提高成绩而参加第二次考试。我的理解，得到 A 的，你不大可能有意愿参加第二次考试。得到 B、C、D 三个等级的，你要考虑，成绩将来是要按第二次算的，成绩有可能提高，也有可能降低。得到 E 的，小心二考不及格。如果你有十足的把握，就参加两次考试吧。两次考试均不合格的，必须下一年度重修。

至于教学，像我们所有的课程一样，我只拿到了课程的标题和这个书单，没有教材。不过有课程卡上的一个概述，就像我们刚才提到的一样。所以，教学内容并不迎合任何任何单纯一部出版物。教学材料在每次讲座后上传到 Moodle 系统，可以从那里下载。

可以看到，我们的参考书目大多来自美国，属于英美法系学者的研究。一则是由于我们这个国际课程使用的语言的限制，另一个更重要的因素是英美法学成果的传播和普及，已经深深地影响着我们大陆法系和斯堪的那维亚法系的立法、司法。欧洲一体化的语言网格化障碍使得英语占了优势，其他语言都衰落了。欧洲包括北欧的开放学术体系又面对没有国界限制的流动学生的教学，英语是唯一具备普适潜质的欧洲国际通行语。所以，我们必须

用英语阅读，更遑论教学与交流。

当然，我们也鼓励并且提供便利让大家自行寻找 640 页阅读文献，德语，法语，芬兰语，爱沙尼亚语、俄语、土耳其语、瑞典语，西班牙语等等，以及你们的母语，第二母语的文献。可以包括有价值的书籍和文章。唯一的要求是，这些文献符合我们教学的目的和水准，都要进行评估。

我们的课程分为五个大的部分：

第一部分导论，介绍诉讼法的体系，原则和诉讼的诸阶段。

我们可以把诉讼的诸阶段归纳为立案、预审、庭审、审后、裁判、执行六个阶段。立案是法院对于诉讼的启动程序。起诉本身是立案的必要条件，但是不是充分条件。起诉可能被接受，也可能被驳回。预审不是审判，是审查的意思，是法庭对于受理案件的庭审条件是否充分且必要的审查。条件充分且必要则庭审，条件不充分或不必要则需要继续准备。庭审是一切诉讼的中心环节。审后行动是对条件是否充分且必要作出裁判进行论证。裁判为对于实体或程序权利的处分。执行为权利处分的实现。

好在你们都经过严格的逻辑与论理训练，都懂什么情况下应当作出什么样的决定。法庭的决策过程，必须符合基于事实，遵循法律，进行严密的逻辑与论理，进行每一步的决策与整体的决策。

第二部分介绍诉讼的理论，包括诉讼的语义和社会背景，正义诸理论和合法性诸理论。

关于正义诸理论，上至柏拉图，经基督教，康德，刘易斯，洛克，霍布斯、卢梭，密尔（穆勒）、罗尔斯，至于诺奇克，有一脉相承，也有互相攻伐。唯英文中哲学上的正义与法律上的司法只用同一词语，却含义相违。但是我们通过讲授各种正义理论，把它们统一起来。你可以看到，“程序的正

义”的“正义”差不多就是“司法”这个意思了。所以，讲述哲学上的正义并非对其与法律上的司法的混淆。

还有，西方国家的司法必的考虑法院的裁判为何有效，其运用与诠释法律的过程如何正当化。

有些场合，强权就是合法性，例如萨达姆统治下的伊拉克的司法与萨达姆落网后的被审判，这就是萨达姆的强权和美国的强权。谁占上风谁就有合法性。至于历史，让历史学家们去考证吧。正当程序往往让位于强权。这是哲学上的思考。我们所处，每时每刻，正当程序都是最强大的权力之下的程序。我们只服从这个，因为你看不到其他。看到了，你也无法坚持。少数人的坚持，并不具有合法性。在法庭审判这个小的社会系统中，你不得不坚持现有框架内现存的正当程序。

有些场合，合法性来自于权力的交换，例如美国总统竞选，希拉里·克林顿与唐纳德·特朗普，作为总统候选人，不断地作出承诺，让预期能够得到这些承诺的利益的选民为他们投票，当选则互为其合法性站台。经由总统任命的法官，也并非绝对不偏不倚、完美无缺，但是一经任命，取得合法性，他们对于法律的诠释也就具有了合法性。好在英美的同案法官仍然可以互存异议。北欧法官不好意思互相争辩，大陆法系其他国家的法官则一般服从于统一的合法性而缺乏异议的勇气和动力。

有些场合，合法性来源于权力的整合，例如加入某一个大的精英利益集团，加入这个集团自动获得保障和利益。包括很多执政党，很多人都会没有任何选择地去加入它们、维护它们。所谓法院，也是一样，终审程序中法官的释法、法院的裁判会无条件地被服从。身在一个社区，一个国家，处在一个政权，一个法院，无条件服从就是对于合法性的承认。

第三部分介绍诉讼格式，包括诉讼格式的宗旨，法庭文件，文件与证据

的提交，庭审过程。

重商主义，全球化，数据化，权利意识，市场与决策的快速变化，造成全球案件暴增。芬兰五百万人，每年的各审级案件五六万件。中国 13 亿人，各审级案件一千五百万件。按人口比例都是百分之一还多，即每百人每年都摊上一个以上的案件，或者是民事纠纷，或者是刑事加害、被害，或者行政案件。案件暴增的结果是，法官负荷超重，法院运行存在效率与正义间的矛盾。而且，低效率也是非正义的。

统一的格式，有助于法院规范文件提高效率，有助于简化手续便利诉讼，也有助于法院文件以数字化形式公开。公开性是诉讼法的重要原则之一。副作用是越来越多的人认为诉讼很简单，而走上诉诉讼的道路。立案也简化了，越来越多的案件被法院受理。

当然，一般而论，法院可以建议，却无权强求当事人提供格式化的文件。法院的文件则可以强制符合格式要求。

第四部分是证据，包括证据的概念，规则，类型与评价。

第五部分是裁判与上诉，包括不同类型的法庭裁决，息讼与诸变通程序（调解，仲裁等），上诉与翻案，以及执行。

现代人的权利意识太强，大到轰轰烈烈的国家大事，小到鸡毛蒜皮的家庭琐事都会进法院。所以，法院会在受理案件前后都尽可能考虑息讼与变通方案。特别是刑罚，在西方国家已经可以说是日薄西山，穷途末路。轻刑化、缓刑化、刑罚人道主义都给传统刑罚致命一击。斯堪的纳维亚国家有世界上最舒适的监狱。监狱服刑远远比在监狱外生活舒适，没有工作、维生压力。他们只是感到羞愧而已。所以，定个罪，让他们在外面羞愧一些，就足以威慑犯罪了，远远比把他们放在监狱里要省钱得多。刑事案件如此，民事

案件那就更无需紧张。民事案件的当事人，即使输了官司，也不会感到羞愧，甚至不会感到满意。与其如此，不如以更灵活的方式息事宁人。所以，一些案件会了结于变通程序。

即便如此，大量的案件还是走完诉讼程序。我们在强调息讼变通的情况下，还是需要面对诉讼中当事上方的诉求和抗辩，不满一方对于初审裁判的挑战。这样，法律之舟渡海的过程才完整。

最后，对这门课的要求做个小节。如果你能做到以下几点，这门课就能顺利地完成：

Enjoying 享受：放松，快乐，积极参与并且信心十足；

Listening 听讲：尽管听课不是硬性要求，但是出席次数多多益善，全部听讲合计 20% 的分数；

Reading 阅读：阅读 640 页以上的材料，并且提交一份详细的读物清单；

Discussing 讨论：参加所有小组讨论，并且做出贡献，合计 10% 的分数（每个小组确定主持人一名记录议程，并保证每个成员发言）；

Writing 写作：查找两篇 15 页以上的较好的学术论文，严格按照要求写作两篇摘要，每篇一页，合计 20% 的分数；

Inquiring 询问：在课堂讲授过程中，可以提出任何疑难问题；

Problem solving (question answering) 解决问题（回答问题）：闭卷考试占 50% 分数。

References

Balkin, J. M. 2014. *Living Originalism*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap

Press of Harvard University Press.

Blond, N. C. 2009. *Evidence*. New York: Aspen Publishers.

Dugan, Máire A. 2004. "Legitimacy." *Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, Boulder: University of Colorado.

McGinnis, J. O; Rappaport, M. B. 2013. *Originalism and the Good Constitution*. Cambridge,Massachusetts: Harvard University Press.

Miller, M. C. 2015. *Judicial Politics in the United States*. Boulder: Westview Press.

Posner, R. 2013. *Reflections on Judging*. Cambridge,Massachusetts: Harvard University Press.

Sandel M. J. *Justice: What's the Right Thing to do?* New York: Farrar, Straus & Giroux. 2009.

北欧体制下的法学教育与研究：芬兰和爱沙尼亚的例证

Legal Education and Research under Nordic System: The Examples of Finland and Estonia

摘要：本文的目的是介绍北欧国家法学教育与研究的基本特点。法学教育与法学研究具有一定程度的垄断性，但是同时法学理论与立法工作也具有妥协性。博洛尼亚进程为北欧法学教育体系带来了挑战，特别是质量控制方面的忧虑。学生具有听课权，既可以行使也可以放弃，因此出席不受强制。公平性的概念影响法学教育的许多细微方面。全球法学研究的评价受制于英美国家，但是北欧国家灵活地兼顾更加多样和现实的指标。文章认为北欧体制下的法学教育与研究基本上以国家对于法律人才的需求和质量要求，同时围绕学生的受教育权展开。

关键词：法学，比较法学，法学教育，法学研究，北欧，芬兰，爱沙尼亚

导论

比较法学家从来没有达成共识，把世界各国法律制度归纳为简单的几类法系的努力也产生了诸多不同的结果。¹作者比较认同在比较法的意义上把北欧国

¹ de Cruz, P. 1999. *Comparative Law in a Changing World*. London, UK: Cavendish Publishing Limited, p. 34.

家的法律当作罗马-日耳曼法系（有时称为大陆法系、民法法系）的一个分支、堪称北欧法的观点。¹由此可见，北欧国家的法律体系与德法等国既有共性也有个性。强调其共性的一面，可以将其合二为一。强调其个性的一面，有可以将其一分为二。另外，本文是广义上使用北欧这个地理概念的，因此把主要涉及的芬兰和爱沙尼亚都包括在内。但是本文又不特别涉及北欧法的理论框架，而仅仅限于主要根据经验分析归纳这几个国家的法学教育。

现代法学领域，比较法学算是比较发达了。比较法学主要研究各大法系的理论体系，立法与司法实践。但是，有一个领域基本上付诸阙如，即关于法学教育与研究现象本身，在学术上的探讨并不多见。因此，比较分析各国法学教育与研究，可以查阅的文献比较稀缺。特别是关于北欧国家的法学教育与研究本身的研究，更加缺乏第一手资料。作者以北欧法学教育与研究体系之外的观察者身份作为出发点，长期处于北欧法学教育与研究的真实环境中，进行了深入的观察和经验。本文的价值就在于归纳总结这些观察和经验，并且进行理解和解读。必要时，为了理解的方便，文章使用了比较的方法，即与中国的法学教育与研究进行若干比较分析。

北欧国家的法学教育体系具有独特性。系统研究一个国家、一个法系的法学教育与研究，需要巨大的努力。本文旨在从其浩瀚的森林中撷取若干花瓣，以作展示，并不代表全部。导论之后，本文在以下五个部分将简要介绍法学的垄断性和妥协性，博洛尼亚进程带来的挑战，听课权，公平性的影响，法学研究的评价等方面。最后，本文认为北欧体制下的法学教育与研究基本上以国家对于法律人才的需求和质量要求，同时围绕学生的受教育权展开。

¹ Husa, J. 2012. Panorama of World's Legal Systems – Focusing on Finland. In K. Nuotio, S. Melander, M. Huomo-Kettunen (eds.) 2012. Introduction to Finnish Law and Legal Culture. Helsinki, Finland: University of Helsinki, pp. 5-18.

法学的垄断性（monopoly）与妥协性（compromise）

传统的北欧与西欧一样实行是非常严格的法学教育，是国家垄断式的。即使是高等院校，也不能随便开办法学教育；或者虽然可以提供系统的法学学科教学，但是却不可以授予法学学位。比如，芬兰只有三所大学设有法学院（Faculty of Law），分别在赫尔辛基大学（University of Helsinki），图尔库大学（University of Turku）和拉普兰大学（University of Lapland）。这三所大学具有完备的法学教育体系，都可以授予法学学士（Bachelor of Laws）、硕士学位（Master of Laws）、副博士（Licentiate of Laws）和博士（Doctor of Laws）学位。在其他一些大学，在某些学院之下，设有规模较小的法律系（Department of Law），比如东芬兰大学（University of Eastern Finland）和坦佩雷大学（University of Tampere）。在那些法律系，虽然学的是法律，获得的学位却不是法学学位，而是经济学或者管理学学位，因此不具备法学学位的名分，也不能获得从事法律工作的资格。实际上，即使过去芬兰的本科和硕士生也不能独立成为律师和法官，只有获得副博士和博士学位的人，才有资格。当然，过去获得博士学位的可能性也是非常渺茫的，获得的人数也是寥寥无几。即使芬兰本国国民，花费七八年时间完成博士论文也是非常常见的。而博士论文的答辩，传统上也是一次脱胎换骨的辩论。最初法学博士论文答辩并无时间限制，有的甚至持续八九个小时，主持人不得不安排一次休息。可见，传统型的法学人才是高标准、严要求培养出来的。当然后来这些年逐渐放宽了，写作时间可能稍短，而答辩也逐渐增加了程式化色彩，时间可能在两个小时左右。但是传统的惯性力量仍然起着不容小觑的作用，因为西方社会不是那种一哄而起、一哄而散的体系。法学院的设立和法科学学生的

招生并没有突飞猛进，更没有把学习与法学毫无瓜葛的政治学、哲学等其他学科的毕业生授予法学学位的可能性。可以说，在全球法学教育整体相对于其他学科质量已经有所堕落的今天，北欧的法学教育仍然维持着较高的水准。

由于法学教育的垄断性，招生名额有限制，法学院入学考试竞争异常激烈，处于与医学专业类似的境地。法科学生本身就充满了自豪感。这当然不否认北欧社会人人平等的观念。但是法学以及医学确实是超越其他学科的专业。法学毕业生养成了一种独特的气场，其言行举止都表现不同。自古以来，国家并不由于法律人才的缺乏而随意放宽招生名额，恪守宁缺毋滥的准则。就像北欧国家如果缺乏手术医生，宁可资助病人异地手术，也不轻易降格招收一名庸医。同理，法学教育的权威性和垄断性得以维持，法律职业的严肃性与高尚性也得以继续。实际上，西方社会就是一个人人都可以学法律、用法律，但是并不是人人有机会得到法学的名分。取得这个法学名分的可能性的稀缺使得职业法学教育拒斥凡人于课堂之外。所以，能够入读法学院，能够完成法学副博士与博士学位的人，必定是那些已经被“劳其筋骨，苦其心志，饿其肌肤”¹的人。在拿到其学位之时，即被视为该学科的具有创新思维、发现和解决理论问题的权威，这些人当律师，当法官，当教授，必得心智坚定，恪尽职守，终身珍惜来之不易的名望。国家维护一个稀缺而权威的法律家阶层，加之权威的医学家阶层等等，这个国家的运转都是依赖于每一个不易磨损、不易生锈的零部件，当然会是一部好机器。

法学教育的垄断性是与立法的权威性和垄断性相适应的。现代西方社会可以说存在西方式的民主。然而，现代西方影响深远的法典原型，并非源于民主的恩赐。没有拿破仑时期的权威和垄断，恐怕难有拿破仑法典

¹ 《孟子·告子下》。

(Napoleonic Code)。但是拿破仑法典一旦面世，则经由西方民主体系的不断检阅，因而完善。假如一部法典迟迟不能出台，可能有两个非常显著的原因，一个是该学科没有形成垄断性的权威，另一个是立法机关在该法律部门立法问题上没有形成具有决定性的发言权，而是受制于学术派别的争议。回顾大陆法系诸法典的立法，虽然历尽争辩，但是法学学术派别的争议和妥协最终贡献于法典的及时出台与不断完善。即使后来在修改问题上有针锋相对的理论对立，但是毕竟仍是权威学派掌控局面，也适时妥协和退让，因此，立法能够脱出于学术，并不断取得进展。而有些国家的部门法立法的学术与人力资源环境显然不同。某些法典的难产表面上是百花齐放，百家争鸣，一定程度上强化了几种几乎平行的理论，实际上延缓了统一的立法和司法。这不是民主的典范，实际上集中体现了这些部门法领域学术派别的功利主义，有利于学术整体的进步或者个人学术声望的提升，却不利于尽快满足立法、司法和社会对于法律的需求。社会有需求，学术与立法却不能及时满足，这就是今天我们所讲的“供给侧”出了问题。学术争议成为法律生产过程的扯皮现象，也可以说是一种腐败，是立法独立性受到学术争议掣肘和挑战造成的腐败。西方国家学术上、立法上也存在扯皮的现象，有的法案几经审议而不能通过。但是，我们可以看到，大凡是重大的立法项目，往往扯皮速度比较快，妥协比较快，立法出台也比较快。如果一部重要的法典三、五十年都在争议而不出台，那这种争议本身就该引起争议了。实际上，很多西方国家的法典，都是拿来主义。拿来的时候也是有争议的，但是争议过后，才逐步修改完善，所谓本土化和与时俱进。所以，法学既不能完全垄断，也不能完全永无止境地无序争论，必须要有妥协和退让。如果没有一种权威性和垄断性打断某种似有似无、无休无止的争议，那么这种学术很可能演变成一种纸上谈兵的玄学。争议和妥协两者结合才能体现学术民主的真谛。这就是为什么欧洲国家的法律体系近现代成熟较快的一个因素。

然而，西方的法律，一旦出台，必被批得体无完肤，因为在民主立法的过程中，有的少数派（minority）被多数派（majority）压制了，有的妥协了，有的撤退了。被压制的，必然有积聚了一团的怨气，在立法通过之后就会爆发出来，然而只有以更加豪迈而壮观的学术批评来进行报复，因此会产生更加创新的法学杰作。妥协的人，则必然考虑妥协是否赢得必要的补偿，精神上的、学术上的、社会上的甚至人文上的。撤退的人，则必然反思自己的暂时挫折。总之，胜利的、失败的都有自己的立场，也有自己各自的成就感。但是，西方学术的民主气氛确实无拘无束，一件立法获得通过，要被遵守，要被批判，也要被拿去做为描眉打扮的玩偶，因为以后的修修补补，只能说使之改进，不能使之倒退。此种实践，唯没有急功近利思想作祟而已。所以，可怕的东西，既不是民主，也不是垄断，而是学术上自私自利的功利主义（utilitarianism）。

欧洲层面的最大妥协发生在欧盟的设立与扩大（enlargement fo the European Union）。每个国家加入欧盟之时，都要放弃部分主权，承诺并且实际改变国内法体系，使之与欧盟法接轨。这是一个既兴奋又痛苦的过程，迎接新体系，割舍旧体系。在此过程中，不仅政治家争执不下，而且法学家也针锋相对，但是最终结果是每个成员国都必须妥协，国内的争执在国际层面看来，只是细枝末节。因此，我们可以推想，如果国内的法律可以修改，那么无论其法学存在几派，都是些细枝末节，在国际上是微不足道的。如果学者能有如此胸襟，那么无需为放弃自己的几个观点而沮丧，也无需为他人放弃他们的观点而庆幸。自然科学界的种种划时代的发明和发现，足资借鉴。

一句话，学术是服从于某种需要的。不能满足任何需要的学术，是无价值的。名垂青史的法学大家，不是因为不妥协而成功的，而是因为他们发现了最大限度满足社会需要的解决之道，从而被社会所接纳。不面向社会的空

谈是没有市场的。实际上，北欧的法律实用主义（Legal Realism）满载着妥协、容忍、现世和弹性（flexibility）。严密而严格的法律体系并不因为相互妥协而又丝毫松懈，严密而严格的法学论证也不因为弹性而失去光泽。反过来，法学家的出发点并非为个人沽名钓誉、扬名立万，而是大家一起为了一个美好的法制前景。所以，有人说北欧是真正的“共产主义”社会（communist society），这样带引号的“共产主义”在中文语境下充满了褒义的内涵。

博洛尼亚进程带来的挑战

博洛尼亚进程（Bologna Process）的一个宗旨，是统一欧洲的教育体系。¹欧洲国家教育以多样性为卓著。从社会的发展而言，多样性具有重要的价值。从经济的角度，多样性带来的成本很高昂。1999 年，欧洲 29 个国家负责高等教育的部长们签署了博洛尼亚宣言。这一文件启动了根本改变高等教育的欧洲合作进程，旨在达到高等教育的 3C 体系（comparable, competible and coherent systems 可比、兼容和一致的高等教育体系）。现在影响所及的国家已经达到 47 个。²北欧国家加入这一进程，必然改变原有的教育体系。因此从博洛尼亚进程的观念开始，欧洲开始酝酿和实行教育认证一体化。

现在看来，国际化（internationalization）、文化多样性（cultural diversity）并非绝对的好事。国际化可以带来统一的标准，但是也摧残着独特的本土文化传统。而在某一国家内的所谓的文化多样性，实际上也是对传统

¹ European Commission/EACEA/Eurydice, 2015. The European Higher Education Area in 2015: Bologna Process Implementation Report. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

² ibid. pp. 24-25.

本土文化的鲸吞蚕食。特别值得忧虑的是，在一些具体有个性的北欧文化传统遭受来自于异文化、异教的冲击下，对于整个世界的文化、伦理甚至法律秩序的颠覆是显而易见的。比如，难民涌入北欧，使得一些国家人口结构和社会秩序发生急剧变化。对于快速涌入和生育率高企的穆斯林的包容，其实已经使得本土北欧人群不得不产生将有一天沙利亚法（Sharia）进入法律体系的预期。欧洲的伊斯兰化（Islamization）概念，仍然不敢被主流政治家们所谈论。但是伊斯兰化的进程确实不容否认。类似于法律体系的是，穆斯林国家培养出来的医生得以进入北欧的医疗体系，带有服务难民体系的语言功能，也打破了传统垄断式、严格化医生培养格局的优势。其实，对于北欧来说，大多数外来的现象，都只能打破既定的福利制度，而形成一定规模的混乱和动荡。

从本土主义（nativism）的立场来说，民主和包容、人道主义（humanitarianism）、国际化和文化多样性，都是冲击性的力量。而外来人口的进攻性和活跃性，正好利用了习惯于福利体系的安逸生活的本土居民的惰性，而将之逐渐取代。人口取代之后，现有的体系当然也不复保留。文化越来越多样化，福利制度越来越趋向崩溃。外部文化分享市场，本土文化市场萎缩。法学领域也概莫能外。这就是欧洲一体化（European integration）带来的灾难性的未来。

对于北欧来说，即使仅仅是提供欧洲统一标准的博洛尼亚进程也是消极作用多于积极作用。如果说一些欧洲国家的法学教育，被博洛尼亚进程突然拔高了的话，北欧的只能说是一座教堂被消去了塔尖，依然矗立着，依然是范本，但是会逐渐失去锋芒和高度。这也是北欧法学界值得忧虑的所在。实际上，芬兰大学起初都对博洛尼亚进程持有否定的态度，后来才逐渐转变。¹

¹ Ministry of Education and Culture. 2015. The Bologna Process. Retrieved 14.3.2016 from <http://www.minedu.fi/OPM/Koulutus/artikkelit/bologna/?lang=en>

当然，反过来，这一对于北欧加入博洛尼亚进程消极作用的忧虑并不抹杀博洛尼亚进程在欧洲一体化和提高欧洲教育整体竞争力方面的积极作用。消极作用也有可能在一定时期的阵痛后转化为积极作用。近年来，博洛尼亚进程聚焦于质量保证，也就是为了提升劣质教育，消除其对于优质教育的消极影响。¹

听课权

课堂教学的一个基本准则是学生听课是一种权利。权利可以行使，也可以放弃。在芬兰和爱沙尼亚，学生出席不出席，全凭学生自由选择，依赖于教师授课的效果（水平？质量？）。教师不可以设定限制，对于缺席学生实施差别待遇。因此，种种因素的结果，学生的出席率严重取决于教师、科目和时空背景。其实，这也给教师施加了沉重的无形压力，只能力争备好课、讲好课，吸引学生，而对于学生的来去自由只能无动于衷。

当然，学生出席自由并非意味着多数学生会选择逃课，放弃权利，放弃学习机会。少数人会偷懒的。但是多数人会行使听课权，来听课，参与讨论。所以，并非出席人数一律不会保证。而且，凡是出席的学生，都是带着浓厚的兴趣、连串的问题，甚至新颖独特的观点来寻求交流的机会的。当今社会，人们接受信息的机会很多，渠道很广。凡是课堂上涉及的话题，学生必然都略知一二，甚至有的还非常深入。对于这样的学生，如果说“教学相长”²的话，确实能带来全新的课堂气氛。

听课是一种权利，其实是接受教育服务的权利的延伸。教育服务是一种

¹ *ibid.*

² 《礼记·学记》。

特殊服务。受教育权意味着教育是一个买方市场。北欧国家真正是学者有其校，活到老，学到老。终身学习（life-long learning）也是博洛尼亚进程所协调的一个领域。¹在法学本科、硕士、博士的各个阶段，都不缺乏已经取得相当学历和有过工作经验的学生，学生岁数自不待言，毫无限制。比如，我教的一个法学硕士生，是芬兰的一位青年政治家，是一个地区的长官，已经在芬兰获得法学本科、管理学硕士和管理学博士学位。而他的博士学位实际上是研究就业法的。如果硕士、博士是在法学院完成的，那么法学博士学位就拿到了。正因为他没有继续入读法学院，造成他的缺憾，没有拿到法学硕士、博士的名分。现在则完全转向法学，来完成法学的学位。对于他来说，似乎听课并不重要，只要课程过关就可以了。说他混文凭也不妥当，因为他已经有相当的专业知识了，硕士那点课程也很容易学。另如，一位银行家，在其退休后，才开始攻读博士学位，并且首先完成了法学博士，然后又完成了经济学博士学位，终于在古稀之年拿到双博士。可见，博士论文既可以是学术新星创新的结果，也可以是成熟的专家经验与学识的结晶。这两者都可以在学习中有所完善。对于后者，听课权完完全全基于兴趣和需要。

公平性（fairness）的影响

每一位法学教授、讲师和学生，都有极强的正义感和法律意识，这在全世界都是一致的。有时候，学生会特别较真。比如，英语授课的法律课程考试时，对自己英语程度没有把握的学生会拿出一本词典询问使用词典的可能性。这种临时的问题，教师可以权宜行事。但是会引起其他学生的广泛关

¹ European Commission/EACEA/Eurydice, 2015. The European Higher Education Area in 2015: Bologna Process Implementation Report. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

注。使用词典会使使用者比没有词典的学生具备某种优势，而这会造成不公平竞争。因此，教师无法允许该名使用词典。如果允许这名学生使用，就意味着其他学生也都可以使用。如果学生遵循以往的惯例，并不允许使用词典，则没有准备这样的词典。所以，会产生无法挽回的竞争劣势（competitive disadvantage）。这种情况下，如果既要避免其它学生的不满，又要弥补该名学生的缺憾，则可以采取一种折衷的处理方案，即允许所有学生在遇到不懂得单词时，首先询问老师。如果老师如法回答，则可以在教师的监督下查该词，而不能连续使用词典。这一做法既考虑到特殊需要，也考虑到普遍公平性，执行起来是没有问题的。所以，遇到教师可以权宜行事时，不需要一刀切否定或者肯定，而是采取大家都可以接受，对大家公平无偏的做法。

在爱沙尼亚，公平性也贯穿法学教育的始终。还是在考试阶段，学生会提出种种的要求，这是他们的权利。但是他们的要求会不会得到许可，要根据学校的规则做出决定。学生对于考试的日期、时间的需求就是一个例子。有的学生说正式考试日期不是对她（他）最好，而要求在别的日期考试。这个问题的处理，涉及到的不仅仅是教师是否愿意和是否适合承担一次额外的监考，而是这次额外的考试，应不应该对所有学生也开放。如果不开放，那就是不公平的。如果开放，那就意味着官方增加了一次考试。而爱沙尼亚高校的课程结业只有两次正式的机会，在开学之初排课程表的时候就确定了日期，没有第三次。增设这一次考试，就违反了整个学校的教学规程。当然，在两次正式结业考试中可以选择考第一次、第二次或者两次都考。特别是第一次考试不及格或者成绩不理想，都可以考第二次。如果参加两次考试却没有一次通过，那么课程就不及格了。课程不及格还有一次弥补机会，叫做重考（re-examination）。重考是专门针对两次考试不合格的学生的，或者因故耽误了两次正式考试的学生。这是“第三次”考试，但是不是真正意义上的

“第三次”，与第一、二次考试的意义不同，是属于官方教学规程中的补考机会。如果重考还不合格，那么就只能跟下一年级重修该课程了。除此之外，特殊安排的考试机会，鉴于其不具有公平性或者违反教学规程，是不会被允许的。

其实，由于公平性的影响，中西方法学教育中存在一个显著不同的现象。由于公平主义的决定性，北欧教育体系中奖励和荣誉称号（awards and honorary titles）这两种东西都是严格慎用的。这些都是前苏联、东欧和中国惯用的手段，具有很强的共产主义色彩。欧洲盛行的是平等观念，认为地在相差不多的人与人之间划分等次，是违反这一原则的。也就是说，表扬一部分人，树立典型，无形中就贬抑了他人。在北欧，滥发的荣誉证书一文不值。甚至在他们看来，在特殊的情形下，如果存在突出于他人的业绩，那么记载在计算机系统里就足够了，什么奖状、奖牌、奖杯不会受到崇拜，表彰大会也不存在。这也就是为什么在北欧的语言里奖学金（scholarship, stipend, allowance, grant）其实只是相当于中文的助学金、补助金、生活费、津贴或者科研经费，没有多少“奖励”（award, reward）的意味。法学教育领域即使是获得助学金、科研经费的机会也很少，获得奖励的机会也和其他学科一样，更加稀少。

法学研究的评价

现在，全球的学术评价体系基本上掌握在英美国家手中。法学尤其走极端。所谓社会科学引文索引（Social Sciences Citation Index, SSCI）中的法学学报所占比例极少，而且大多数是普通法系（Common Law system）国家的学报。但是，非普通法系国家在全球占多数比例。众所周知，大陆法系

（Continental Law or Civil Law system）与普通法系差距较大，因此学术规范、论证方法也大相径庭。英美法学作者的文章动辄三五十页，甚至一二百页。而大陆法系作者的文章少的三四页，多的几十页。上百页的文章比较稀少。甚至大陆法系的学报会限制文章的篇幅。光从论证方法的差别就可以造成文章篇幅的差异。英美法学家会认为大陆法学家文章的简单化，而大陆法学家会认为英美法学家的啰嗦、重复和浅薄。但是事实上，最终还是由英美法国家取得了全球法学学术评价体系的决定权。因此，大陆法系国家的法学，在国际上很难在全球评价体系中取得什么影响力。也因此，大陆法系国家的法学并不单独尊奉英美国家为主宰的评价体系。我惊奇地看到，中国的法学学报文章评价竟然也采用 SSCI 的标准，不由得担心中国的法学家每年能够发表几篇这样的文章，是通过什么途径发表的。可以发现，中国法学接受一些国际上通行的标准的时候，更多的是接受了其形式，而不是其内涵。

有的北欧国家比如芬兰，法学领域不划分学报文章的等次，但是并不意味着降低了学报文章的要求。有的大陆法系国家并不否定英美国家为主宰的评价体系，但是同时也接受其他的多种评价体系。比如爱沙尼亚，除了接受 SSCI，还接受 Scopus¹和 ERIH Plus²做为第一等次的学报标准。中国的法学学报文章样式，与欧洲大陆国家类似。但是评价标准还是有巨大差别。从我从事写作、审稿和编辑的经验来看，中国法学者的关于中国法的文章，在国外很受欢迎，但是把文章直接翻译为欧洲语言，却很难发表。主要原因，首先我们不说优劣高下，单纯是学术规范和论证方法就有很大的差别。我们可以看到，被视为是中国大陆的法学学报只有一本英文版的《中国国际法学报》

¹ Scopus is the largest abstract and citation database of peer-reviewed literature: scientific journals, books and conference proceedings. 参见 <https://www.elsevier.com/solutions/scopus>

² The European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences. 参见 <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/about/index>

（Chinese Journal of International Law）被列入 SSCI，而且还是在牛津大学出版的。所以，采用什么样的评价体系，也可以说是一个学习、妥协、提高和接近的过程。

结论

本文基于作者的观察和经验，介绍了北欧国家法学教育与研究的基本特点。文章认为，北欧体制下，法学教育与法学研究具有一定程度的垄断性，但是同时法学理论与立法工作也具有妥协性。博洛尼亚进程为北欧法学教育体系带来了挑战，特别是质量控制方面的忧虑。学生具有听课权，既可以行使也可以放弃，因此出席不受强制。公平性的概念影响法学教育的许多细微方面。全球法学研究的评价受制于英美国家，但是北欧国家采用更加多样和现实的指标。

北欧体制下的法学教育与研究基本上以国家对于法律人才的需求和质量要求，同时围绕学生的受教育权展开。对于内部雇员必须具备高素质、高机能的国家司法体系而言，国家是人才的潜在需方，而学生是人才的潜在供方。对于国家限制数量而维持质量的有限的法学教育机构而言，学生是教育的潜在需方，而高校是教育的特殊供方。学生在不同的角度处于不同的地位。因此，决定学生对于听课权的态度，并不一定是对于出席的厌倦，也存在对于出席达到汲取知识和获得技能的动机。

参考文献

de Cruz, P. 1999. *Comparative Law in a Changing World*. London, UK: Cavendish Publishing Limited.

European Commission/EACEA/Eurydice, 2015. *The European Higher Education Area in 2015: Bologna Process Implementation Report*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Husa, J. 2012. *Panorama of World's Legal Systems – Focusing on Finland*. In K. Nuotio, S. Melander, M. Huomo-Kettunen (eds.) 2012. *Introduction to Finnish Law and Legal Culture*. Helsinki, Finland: University of Helsinki, pp. 5-18.

Ministry of Education and Culture. 2015. *The Bologna Process*. Retrieved 14.3.2016 from <http://www.minedu.fi/OPM/Koulutus/artikkelit/bologna/?lang=en>

Nuotio, K., Melander, S., Huomo-Kettunen, M. (eds.) 2012. *Introduction to Finnish Law and Legal Culture*. Helsinki, Finland: University of Helsinki.

单一市场下欧盟公司的发展

Development of European Corporations in Single Market

按照欧洲的传统，大家可以随时打断并且提问我。原理是，老师讲的时候主要是讲自己认为重要或者有趣的部分，而学生来听讲是希望听到课题中自己感兴趣的那部分。如果这两部分正好重叠，那好，一直听下去。如果不重叠，学生则会不断提问。在我的讲座，打断不是不礼貌，举手示意一下即可。

我们要从什么时候讲起，欧盟是怎么来的。这个原由有助于理解欧盟公司法的目的。统一的欧洲是为了和平，必须是持久的和平，那么持久的和平靠什么？靠经济。比如欧洲一体化，煤钢共同体。二战结束时，煤与钢都是重要的战略资源。由于大国把煤和钢垄断了，就可以控制经济命脉。所以欧洲希望把资源控制起来，就不会打仗。当然，后来又有了对于原子能的共同诉求。

越来越多的共识使他们达到增强经济实力的目标，手段就是单一市场。我们那个年代就知道，起初叫共同市场，后来是单一市场。更进一步，还创设了欧洲公民的概念，就是欧盟的公民。一个国家的公民，在其他成员国也享有公民待遇。这些对于经济的一体化是非常必要的。

从我们的理解，28 个国家把一部分主权交出来，形成一个联盟，还有一个协商一致原则，就是 28 个国家协商一致的情况下才能够接纳新的国家。最终的目的是达到全体一致，接受四大自由，比如说货物的自由流动，服务的自由流动，人员自由流动，还有资本的自由流动。

其中一个方面体现在公司法的协调，公司法的统一是不可能的，但是协调还是有希望的。实现这四个自由是欧盟公司法的出发点。欧盟公司法的协调和部分统一需要建立在尊重四大自由，发展四大自由。欧盟的公司法现在仍然是基于国内法，而不是国际法。欧盟的公司法是通过国内法的协调实现的。比如说法国有一部分酒拿到德国市场销售，其评价标准是不一定符合德国的标准的，德国就会歧视法国的酒。那么，这个官司就打到了欧盟，欧盟法院就会裁定，德国在加入欧盟的时候曾经承诺，接受欧盟的法律，承担义务，也就意味着承诺了承认法国的一切产品在德国不受障碍地销售的权利。所以，德国没有能够维持原来严格的标准。

这种情况下，有人会产生疑虑，规范性的竞争。那么，规范性的竞争在欧盟公司法领域是就低不就高，不是说发展越来越好，条件越来越严格。它是就低不就高。为什么？就低不就高更具有竞争力，也就是鼓励中小微企业的发展，消除大型企业和垄断性企业对于竞争的限制。

比如说英国，一个货币单位就可以注册一家公司。但是，一个活货币单位的公司在很多国家的传统上，比如德国、法国、荷兰使不能成立的。它可以是个体户，但不属于公司。那么，英国的公民或者公司就利用欧盟公司法的协调，大量地涌到德国设立一个货币单位的公司。德国人从没见过这么多公司，这么小的公司，拿上一欧元就设立起来的公司。拿一欧元能不能公司有效运转起来，能不能承担将来发生的债务，债权人的利益如何维护，这都在传统上实行严格管制的国家产生了疑虑。

但是，放松公司的设立条件是整个欧盟的趋势，毕竟采用标准的、严格的规制的国家是少数的。市场经济实际上是自由经济。所以，欧盟公司法在协调方面还是取得了一定进展。当然，它同时负面的作用就是就低不就高。不过，它有可能促进全欧盟的公民进行商业活动。欧盟的成员国已经非常市场化了，比如芬兰有五百多万人，就设立有一百万家公司。如果成比例地类比的话，我们国家有十几亿人，应该有多少公司？我们国家实际上没有那么多。

在欧洲，好多老师和学生都有自己的公司，而且这些公司是正规运行的，将来可以作为老师同学的工作经历。他们不会无形中去危害社会，不会有人不信任他。有的同学会在自己的公司设计自己的产品，有自己的创造，申请自己的专利，学以致用。

下面，看一下欧盟的公司有哪些类型。欧盟为了协调国内法，目前创立了三种欧盟层面的公司形式。多数公司是根据国内法设立的，就会产生问题，一个国家就会对另一个国家的公司产生歧视，而且从一个国家转移到另一个国家，条件可能会产生变化。什么情况下不用修改呢，就需要创立欧盟统一的公司形式。第一种就是 1985 年创立的欧洲经济利益集团，第二种是欧洲公共有限责任公司，它的意思是上市公司，准备公开募集资金的公司，是 2001 年创立的。第三种是欧洲合作社，是 2003 年创立的。所以欧洲公司法在 2000 年之前是断断续续的发展，2000 年之后有一个加速的过程。

欧洲合作社不是以盈利为目的，但是会产生盈利，然后把利益分给社员。我想中国的金融业、银行业发展遇到一个很大的瓶颈，就是缺乏合作。比如说我去北航里面取钱，它有四台机器，大的大，小的小，正好我有工商银行的老卡，正好机器坏了，他说我要去交通银行的机器取钱要收我手续费。相比之下，这在欧洲有两条，第一条所有的机器都是统一的，第二条所

有的银行都可以在上面操作，都是不收费的。而且，28 个国家所有的银行原则上都是不收费的，包括不同种类货币的取现。但是，你如果是要转账使用柜台的话，是要收取很高的费用。如果要用网络的话，在欧洲是不收费的。

经济利益集团就是类似一些大型企业形成一个统一的集团。有一些行业，如果没有跨国的合作的话，不可能营业。比如说法国的广播电视要去德国发行节目，如果没有德国一些当地的公司合作，难以完成。所以，德国与法国的广播公司形成一个经济利益集团。它类似于跨国公司。这些公司都有跨国性，必须最少有两个以上成员，来自于两个以上的国家，减少成本，减少开支，提高效率。

欧洲现在有一个非常理想化的提议，设立欧洲私人有限公司，或者是个人独资公司，出资额一个货币单位。而且，只要在一个国家设立，在其他 27 个国家营业都承认其法人资格。另外，当然还有一个欧洲基金会，建立基金都能够统一起来。

欧洲经济利益团体简称 EEIG，是一个行会的形式。商业公司加入经济利益集团，是理所当然的。其他的法律实体，像会计师事务所、律师事务所，当然它属于同一个行业，也可以结成经济利益集团。这就是为什么欧洲形成大规模的律师事务所。每个国家的律师互相合作，相互之间提供法律合作。相当于我们的律师协会，但是，它一成立就是跨国的。EEIG 设立的目的不是为了盈利，而是为了和其他成员国的企业建立联系。EEIG 可以做什么？EEIG 可以做与所有会员有关的经济活动，但不是所有的活动都可以由 EEIG 代行。EEIG 对于特定行业还是存在规制，比如医师、律师，要符合特定的规则，比如说国内法的规则。EEIG 本身对会员不能产生管理，主要是为了合作。任何一个会员不是它的下属。EEIG 不能持有股份，也不能向公众募集资金。它可以从会员得到投资，通过会员得到贷款。而且 EEIG 是一个独立的

公司，不能成为别的 EEIG 的成员。它的雇员不能超过 500 人，EEIG 本身不能贷款。一个 EEIG 的会员可以加入另一个 EEIG 成为其会员。不过在欧洲这种情况很少发生。欧洲讲究诚信、会员之间是相互信任的。

EEIG 具有法人的法律资格，可以签合同，可以起诉、被诉，它具有灵活性，没有资本要求。EEIG 是为成员服务的一种公司形式。它的缺点是承担无限责任。凡是愿意加入 EEIG 的，不管是连带的还是单独的，都是承担无限责任。EEIG 不管是个人还是组织都能加入，每个成员都要在欧盟里，而且成员最少来自两个国家。在欧盟注册，管理机构也在欧盟才能加入。EEIG 成员适用规则比较简单，约定公司的治理等。每个成员都有一个投票权，决议可能采取两种形式，一种是多数决定，第二种是一致决定，决策形式可以约定。它应该有一个独立的管理人员去管理 EEIG，对于整个 EEIG 是有约束力的，他的决定代表 EEIG，成员共同负责。设立 EEIG 必须使用 EEIG 这个词在公司名称里面。就像中国的“有限责任公司”。欧洲是注册制，一般网上就可以申请，要求你提供一个合同。如果在欧盟 28 个国家之一设立的，可以转移另一个国家，是通知制。一般 EEIG 没有截止日期，有的话可以写明持续时间。

欧洲公共有限责任公司，简称 SE，指的是欧洲公开募集资金的公司，是可以上市的公司，这个公司形式在欧盟来说是需要的。这个是比较独特的公司，可以由各种形式来结成欧洲公共有限责任公司。比如说，一些公司合并、收购。另外还有形成控股的，还有子公司，比如成员国内的公共有限责任公司转化为欧洲公共有限责任公司。成员国内的上市公司适用的是国内法，所以转化为欧洲公共有限责任公司意味着适用欧盟的规范，有助于公司跨国交易。

刚才讲了，在任何一个国家设立的公司在其他国家应该得到承认的。但

是有的时候，事实上不是这样，因为设立的时候是根据国内法，而欧盟国家 28 个国内法律都是不一样的。应该说，他们当初加入欧盟的时候，已经全体一致同意接受欧盟统一规范，其中包括各国的法律相互承认。

但是有的国家会抵制，比如说公司的成立受到抵制的情况下，怎么办呢？可以说欧盟太自由、太民主，所以它没办法。它有发展不平等，发达国家会给落后的国家援助，像德国法国每年要提供百分之一的 GDP 给东欧的一些国家。所以，欧洲的国家在尽量地磨合，大家都承认有差距。成立欧洲公共有限责任公司之后，大家都看齐这个新的标准，然后各个国家都承认。目的就是更加协调。

设立 SE 的时候又坐下来谈判了。12 万欧元资本就能做上市公司了，咱们是不是好多同学都可以拿出 80 万人民币来做上市公司，假如你要投资欧盟的话我们一起去。资本变多了没事，资本变少了，低于 12 万那就要清算，或者是强制改变形式。

公司的治理在欧洲也是两种，第一种是单层结构，只有一个管理委员会。双层结构有两个委员会，一个是管理委员会，相当于我们的董事会，另外一个监事会。这个两层结构在欧洲也产生争议，可以采取任何一种形式，按照国内法设立就可以了，没有硬性的要求。

设立公共有限责任公司，必须具有跨境因素，必须来自两个以上的国家。注册一个公共有限责任公司，很重要一个问题是，雇员的参与。因为设立公共有限责任公司意味着原来的权利义务雇佣关系要变化。两个不同的公司在两个不同的国家，产生一个问题，这些个工作人员愿不愿意去。西方要考虑家庭，要考虑各种因素。

西方的公司社会责任是很重的，有的公司为什么利润低，就是因为它的社会责任太重了，像我们这个雾在西方是免费吸不到的，现在就是因为好多

公司达不到社会责任那个标准。芬兰有个采矿的公司，把污水排到湖里，把这个湖污染了，在芬兰不能逃避这个责任，一直以来这个公司在艰难的经营着，这个公司世代要承担污水治理的责任，每年的一部分的收入要投入治理。什么时候这个水能喝了，什么时候才行。同样的道理，日本有个企业，几十年以前牛奶被污染了，损害了人民的身体，每年都给受害人鞠躬。现在还存在着，也还是日本的招牌企业，质量一流。所以做人要做有诚信的人。芬兰这个公司大家不希望它倒，是因为它倒了，湖也没人治理。

欧洲合作社稍微说一说，也不复杂，欧洲合作社简称 SCE，因为有些领域非常脆弱，特别需要合作的，比如说农业，可以结成合作社。合作社本身也不会去盈利，但是万一有所获，得到的利润会分给会员。除了农业还有零售业、法律服务、教育、交通、能源，所有这些在中国是都暴利的。在欧洲这些企业是没有地位的，它没有钱。种地是为了春种秋收，就工作两次，没有收成怎么办，国家会给你补贴。这是一年就种两天的农业，我说的就是芬兰。最贵的就是芬兰的土豆，最贵的菜就是两个土豆。这些脆弱的行业需要国家补贴，需要联合，成立合作社去生产。合作社也采取两种治理，和刚才讲的公共有限责任公司是类似的。欧洲合作社的设立必须要有五个成员来自于至少两个国家，而且必须是欧盟的，最低资本的是 3 万，可以多，但是不能少。

简要讲了欧洲三种公司的形式，我讲的内容结束了，欢迎大家提问讨论。谢谢！



Toronto Academe Press

ISBN 978-0-9739813-2-2



9 780973 981322 >